

كتاب النكاح

من الحاوي الكبير

تأليف

أبي الحسن علي بن محمد الماوردي رحمه الله تعالى
(ت ٤٥٠ هـ)

رسالة مقدمة

إلى قسم الدراسات العليا الشرعية
لنيل درجة الدكتوراه في الفقه

تحقيق ودراسة
عبد الرحمن بن عبد الرحمن شميلة الأهدل

إشراف
الدكتور / يوسف عبد الهادي الشال

١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م

بَابُ

اجْتِمَاعِ الوُلَاةِ وَأَوْلَاهُمْ وَتَفَرُّقِهِمْ وَتَزْوِيجِ المَغْلُوبِينَ عَلَى عُقُولِهِمْ وَالصِّبْيَانِ

قال الشافعي :

" ولا ولاية لأحد مع الأب فإن مات فالجد ثم أب الجد ثم أبو أبي الجد (كذلك)[1] لأن كلهم في الثيب والبكر سواء "[2].

وهذا كما قال أقرب أولياء المرأة إليها وأحقهم بنكاحها الأب لأنها بعضه وهي منه بمثابة نفسه روي عن النبي صلى الله عليه (وسلم)[3] أنه قال " فاطمة بضعة مني يريبني مايريبها "[4].

وقد قيل في (تأويل)[5] قوله تعالى : (كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ)[6] أن الأنفس هاهنا الأولاد[7]، ولأن الأب أكثر العصبات شفقة وحبا وأعظمهم رقة وحنوا فصار

---

(١) ساقط من " ص ".

(٢) انظر مختصر المزني صفحة (١٦٥).

(٣) ساقط من " ص ".

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه : (٩ / ٣٢٧) بلفظ " فاطمة بضعة مني يريبني ماأرابها ويؤذيني ماآذاها ".
وأخرجه مسلم : (١٦ / ٣) ، وأحمد : (٤٣ / ٥) ، والترمذي : (٥ / ٦٩٨) ، وأبو داود : (٢ / ٥٥٨) ، وابن ماجة : (١ / ٦٤٤).

(٥) ساقط من " ص ".

(٦) سورة النساء ، الآية (١٣٥).

(٧) هذا التأويل خلاف ماعليه جمهور المفسرين وقد قال ابن عباس رضي الله عنه " أُمروا أن يقولوا الحق ولو على أنفسهم ".
انظر: تفسيرالقرطبي : (٥ / ٤١٢-٤١٣) ، الكشاف : (١ / ٤٤٥) فتح القدير: (١ / ٥٢٤-٥٢٥) ، الدر المنثور : (٢ / ٧١٤).

بها أمس " ويطلب[1] الحظ لها أخص وكذلك قال النبي صلى الله عليه (وسلم)[2] " الولد مَبْخَلَة محزنة مَجْهَلَة مَجْبَنَة ".[3]

ولأن سائر العصبات (به)[4] يدلون وإليه ينتسبون والمدلى بـه أقوى من المدلي ، ولأنه يلي على المال والنكاح " فكان[5] أقوى ممن تفرد بالولاية على النكاح ،فصار الأب بهذه المعاني الأربعة أولى بالولاية في النكاح من سائر العصبة .

---

(١) ط " فطلب " .

(٢) ساقط من " ص " .

(٣) رواه الحاكم في المستدرك : (٣ / ١٦٤) عن يعلى بن منبه الثقفي قال : " جاء الحسن والحسين يستبقان الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فضمهما اليه ثم قال الولد مبخله مجبنة محزنة " ، وقال صحيح على شرط الشيخين وسكت عنه الذهبي .
ورواه القضاعي في مسند الشهاب : (١ / ٦٠) من حديث قال فيه : " إن الولد مبخلة مجهلة مجبنة وان آخر وطأة وطئها رب العالمين بوج ،
ورواه البيهقي في الأسماء والصفات صفحة (٤٦١) ان الولد مبخلة مجبنة ".
ورواه أحمد في مسنده : (٤ / ١٧٢) ،وابن ماجة :(٢ / ١٢٠٩) قال في الزوائد : (٤ / ٩٩) اسناده صحيح رجاله ثقات ، وفي الجامع الصغير: (٦ / ٣٧٩) الولد ثمرة القلب وانه مجبنة " الحديث ورمز له السيوطي بالضعف ، وقال الألباني في الجامع الصحيح : (٦/ ١١٨) صحيح .
ومعنى " مجبنة مبخله " أي مظنة البخل والجبن ،لأجله يبخل الانسان الانسان ويجبن ".

(٤) ساقط من " ص" .

(٥) ط " وكان " .

* فصـــل *

فان مات الأب أو بطلت ولايته بكفر أورق أو جنون أو فســـوق فالجد أبو الأب أحق العصبات بالولاية بعد الأب .

وقال مالك : الأخ بعد الأب أحق بالولاية من الجد [١] ، لأن الأخ ابن الأب والجد أبو الأب والابن أقوى تعصيبا من الأب .

وهذا خطأ لأن في الجد " بضعية [٢] ليست في الأخ فصـار بهـا " مشابها [٣] للأب ، ولأن للجد ولاية على المال والنكاح فكان أولى من الأخ الذى تختص ولايته بالنكاح ولأن الجد قد كانت له ولاية على الأب "فكان [٤] بعده أولى من الأخ الذى قد كان تحت ولاية الأب .

فاما استدلاله بأن الأخ ابن الأب فكان أولى من ابنه " فغاســد [٥] " بابن المرأة وأبيها .

* فصـــل *

فان مات الجد أو بطلت ولايته بكفر أو رق أو جنون أو فســـق فالولايــة بعد لأبيه ثم تنتقل عنه إلى من فوقه من الآباء كلما عــــدم

---

(١) انظر: الشرح الكبير للدردير : (٢ / ٢٢٥) .

(٢) ص " بعضية " .

(٣) ط " متشـابها " .

(٤) ط " وكان " .

(٥) ص " ففاسد " من وجهين .

الأقرب كانت الولاية بعده لمن هو أبعد حتى ينفذ جميع الآباء فيكون الجد الأبعد بما فيه من الولادة " والبضعية "[1] أحق بالولاية من الأخ وان قرب ويكون الأجداد وان بعدوا في اجبار البكر واستئمار الثيب كالأب (والله أعلم).[2]

---

(١) ص " البعضية ".

(٢) ساقط من " ص ".

* مسألة *

قال الشافعي (رضى الله عنه)[1] : " ولا ولاية لأحد بعدهم " مع[2] الأخوة ثم الأقرب فالأقرب " من[3] العصبة[4] .

قال المزني : واختلف قوله فقال في الجديد من انفرد في درجة بأم كان أولى وقال في القديم هما سواء . الى آخر الفصل من كلامه[5] .

اعلم أن الولاية في النكاح تكون للأب ثم لمن ناسب الأب ولا يستحقها بالنسب من لم يرجع بنسبه الى الأب فيكون الأب أصلا يرجع اليه كل من استحق الولاية بالنسب ، واذا كان كذلك فالآباء من جملة العصبات عمود يستحق الولاية منهم الأقرب فالأقرب ومن سواهم من " العصبات"[6] درج مرتبته يخرج من كل درجة عمود وكل درجة تتقدم بعمودها على مابعدها وتتأخر بعمودها عما قبلها فاذا انقرض عمود الآباء كانت الدرجة الأولى " بنى[7] الأب وهم الاخوة وعمودها بنوهم وان سفلوا ، والدرجة الثانية بنوا الجد وهم الأعمام وعمودها بنوهم وان " سفلوا"[8] والدرجة الثالثة " بنو أبي[9] الجد وهم اعمام الأب ، وعمودها بنوهم

---

(١) ساقط من " ص" .

(٢) ط " من " .

(٣) ط " ثم " .

(٤) انظر: مختصر المزني صفحة (١٦٥) .

(٥) المرجع السابق .

(٦) ط " للعصبات " .

(٧) ط " بنوا " .

(٨) ط " سفله " .

(٩) ط " موالي " .

وان سـفلوا (ثم)(١) كذلك بنوا أب بعد أب حتى ينقرض " بنـو(٢) جميع الآباء فيصير أحق العصبات بالولاية بعد الآباء الأخوة وبنوهم وان سـفلوا ثم الأعمام وبنوهم وان سفلوا ثم أعمام الأب وبنوهم وان سـفلوا (ثم أعمام الجد وبنوهم وان سفلوا)(٣) (ثم أعمام أبي الجد وان سفلوا)(٤) ثم أعمام جد الجد وبنوهم وان سـفلوا كذلك أبدا حتى ينقرض بنوا الآباء كلهم فلايبقى بعدهم ولي مناسب فتنتقل حينئذ الولاية عن المناسبين إلى غيرهم من الموالي المعتقين ثم الى عصبتهم على ماسنذكره ثم إلى السلطان فهو " ولي من لاولي له(٥).

* فصـل *

فاذا تقررت هذه القاعدة في ترتيب العصبات لاستحقاق الولاية ، فأول درجة تنتقل اليها الولاية بعد الآباء الأخوة ، والأخوة " ثلاثة(٦) أقسام : اخوة لأب وأم ، واخوة لأب ، واخوة لأم ، فأما الاخوة لـلام فلا ولاية لهم سواء اجتمعوا مع غيرهم من العصبات أو انفردوا لأنهم لما أدلوا بالأم ولم يرجعوا بنفسهم الى الأب خرجوا من جملة العصبات المناسبين فلم يكن لهم ولاية . واما الأخوة للأب والأم والاخوة لـلأب

---

(١) ساقط من " ط " .

(٢) ص " بنى " .

(٣) ساقط من " ط " .

(٤) ساقط من " ص " .

(٥) جزء من حديـث تقدم تخريجه صفحة (٢٢٥) .

(٦) ص " في التعليق " .

فلهم الولاية فأى الفريقين انفرد كان وليا فان انفرد الأخ للأب والأم كانت الولاية له ، وان انفرد الأخ للأب كانت الولاية له ،وان اجتمعا ففيه قولان :

أحدهما : وهو قوله في القديم[1]، وهو مذهب مالك ، وأبي ثور،[2] أنهما سواء ولايقدم الأخ للأب والأم على الأخ للأب في الولاية على النكاح[3]، وان قدم عليه في الميراث لأمرين :-

أحدهما : أن الأم لامدخل لها في ولاية النكاح فلم يترجح من أدلى بها لأن المدلى به أقوى من المدلي ، وليس كالميراث الذى يقدم فيه الأخ للأب والأم على الأخ للأب لأن للام في الميراث "مدخلا"[4] فلذلك يرجح من أدلى بها .

والثاني:[5] أن ولاية النكاح يختص بها الذكور فلم يترجح فيها من أدلى بالاناث كتحمل العقل .

---

(١) انظر: مختصر المزني صفحة (١٦٥) ، وروضة الطالبين: (٧ /٥٩) .

(٢) تقدمت ترجمتهما صفحة (٧٥ - ٢١٧) .

(٣) لمالك روايتين احدهما وهي الأصح عن ابن بشير والمختار عند اللخمي أن الشقيق مقدم ، والآخرى أنهما في مرتبة واحدة .

انظر: حاشية الدسوقي : (٢/ ٢٢٥) بداية المجتهد لابن رشد : (٢/ ١٢) ، فقه الامام أبي ثور صفحة : (٤٦٢) ، تأليف سعدى حسين ، المغني لابن قدامة : (٧/ ١٦) ، المهذب : (٢/ ٣٦) .

(٤) ص" مدخل " .

(٥) أى " الأمر الثاني " .

والقول الثاني : قاله في الجديد[1] ، وهو مذهب أبي حنيفة أن الأخ للأب والأم أحق بالولاية من الأخ للأب[2] ، لأمرين :-

أحدهما : أن الادلاء بالأم كالتقدم بدرجة بدليلين :-

أحدهما : أن الأخ للأب والأم يحجب الأخ للأب .

والثاني : "أن[3]" للأخت من الأب مع الأخت من الأب والأم السدس كما يكون لبنت الابن مع بنت الصلب وإذا كان الادلاء بالأم - كالتقدم بدرجة ، بهذين الدليلين ، وجب أن يكون أولى بالولاية ، وقد عبَّر المزني عن هذا الاستدلال بأن المدلي بالأبوين أقرب "ممن أدلى[4]" بأحدهما[5] :

استنادا بالوصايا فيمن وصى بثلث ماله لأقربهم الناس به وترك أخوين أحدهما لأب وأم والآخر لأب أنه يكون "الأخ[6]" للأب والأم اتفاقا لاختصاصه بالقرب فكذلك "في[7]" ولاية النكاح فهذا وجه .

---

(١) وهو الأظهر : انظر : مختصر المزني : (١٦٥) ، المنهاج صفحة : (٣٦٥) ، روضة الطالبين : (٧ / ٥٩) .

(٢) انظر: بدائع الصنائع : (٣ / ١٣٧٠) .

(٣) ساقط من "ص" .

(٤) ط من " المدلى " .

(٥) انظر: مختصر المزني صفحة (١٦٥) .

(٦) ط " للأخ " .

(٧) ساقط من "ص" .

والثاني : أن الأخ للأب والأم " لا دلائه[1] بالنسبين " واشتراكه[2] في الرحمين أكثر اشفاقا وحبا ممن تفرد بأحدهما فصار بمعنى الولاية أخص ويطلب الحظ فيها أمس كما كان الأب لاختصاصه بهذا المعنى أحق بها من سائر العصبات وهكذا الصلاة على الميت في أحقهما بها قولان .

وهكذا في تحمل العاقلة " للدية "[3] اذا كان فيهما أخ لأب وأم وأخ لأب قولان.

فتكون هذه المسائل الثلاث على قولين .

فاما فى الميراث والولاء والوصية للأقرب ،فالأخ للأب والأم في هذه المسائل الثلاث أحق من الأخ للأب.[4]

(والله أعلم).[5]

* فصل *

فاذا تقرر هذان القولان في الأخوين فهكذا " بنوهما "[6] فيكون

---

(١) ص " ادلائه " .

(٢) في النسختين " واشتراكهما " والمثبت هو الصواب لأن الضمير يعود على الأخ للأب والأم .

(٣) ط " الدية " .

(٤) قال المزني في مختصره (١٦٥) قد جعل الشافعي الأخ للأب والأم في الصلاة على الميت أولى من الأخ للأب ، وجعله في الميراث أولى وجعله في كتاب الوصايا أولى .

(٥) ساقط من " ص " .

(٦) ط " بنوهم " .

ابن أخ لأب وأم وابن أخ لأب في أحقهما بالولاية قولان وهكذا بنــوا بني الأخوين وان سفلوا اذا ستووا في " الدرج[1] فان اختلف درجهم قدم الأقرب ، فيكون الأخ للأب " أولى[2] من ابن الأخ للأب والأم وكذلــك من " بعده[3] وهكذا الأعمام وبنوهم ،كالأخوة وبنيهم ،فالعم للأب لا ولاية له لخروجه من العصبات " فان[4] تفرد بها عم لأب وأم كانت الولايــة له (وان تفرد بها عم لأب كانت الولاية له[5]) وان اجتمعا فعلى القولين الماضيين ، أحدهما وهو القديم أنهما سواء ، والثاني وهو الجديد أن العم للأب أولى[6].

وهكذا بنو هذين العمين على القولين ، فان اختلف الدرج قــدم الأقرب " وان[7] كان لأب فيكون العم للأب أولى من ابن العم لــلأب والأم وهكذا الكلام في اعمام الآباء والأجداد منهم.

* فصــل *

واذا كان للمرأة أبناء عم أحدهما أخ لأم ففيهما قولان كالأخ مــن الأب والأم والأخ من الأب ، فان قيل أنهما سواء " كان[8] أبناء العم

---

(١) ط " الدرجة " .
(٢) ط " أقـوى " .
(٣) ط " بعد " .
(٤) ط " وان " .
(٥) ساقط من " ص" .
(٦) انظر صفحة (٤٠٦) .
(٧) ط " فان " .
(٨) ط " كانا " .

سواء وان كان أحدهما أخا لأم . فان[1] قيل أن الأخ للأب والأم أولى كان ابن العم الذى هو أخ لأم أولى لفضل ادلائه بالأم فاما العمان اذا كان احدهما خالا فهما سواء لأن الخال لا يرث فلم يترجح به أحدهما على الآخر .والله أعلم.

---

(١) ص " وان " .

* مسـألة *

قال الشافعي (رضى الله عنه)(١) : " ولا يزوج المرأة ابنها الا أن يكون عصبة لها(٢) وهذا كما قال لا ولاية للابن على أمه وليس له أن يزوجها بالبنوة .

وقال مالك وأبو حنيفة وصاحباه(٣) وأحمد واسحق(٤) : يجوز للابن أن يزوج أمه(٥) .

واختلفوا في ترتيبه مع الأب فقال مالك وأبو يوسف واسحق الابن أولى بنكاحها من الأب(٦) .

وقال أحمد بن حنبل ومحمد بن الحسن : الأب أولى ثم الابن(٧) .

وقال أبو حنيفة : هما سواء وليس أحدهما بأولى من الآخر فأيهما زوجها جاز(٨) .

---

(١) ساقط من "ص" .

(٢) انظر: مختصر المزني صفحة (١٦٥) .

(٣) محمد بن الحسن وأبو يوسف : انظر ترجمتهما صفحة (- ٢١٧) .

(٤) ابن راهويه : ترجمته صفحة (٢١٥) .

(٥) انظر: بدائع الصنائع : (٣ / ١٣٧١) ، الشرح الكبير مع الدسوقي : (٢/ ٢٢٥) ، المغني لابن قدامه : (٧/ ١٤-١٥) .

(٦) وهي رواية لأبي حنيفة : انظر: الشرح الكبير مع الدسوقي : (٢/ ٢٢٥) المغني لابن قدامة : (٧/ ١٤) ، بدائع الصنائع : (٣ / ١٣٧١) .

(٧) انظر: المغني لابن قدامة : (٧/ ١٣/ ١٤) ، بدائع الصنائع : (٣ / ١٣٧١) .

(٨) هذه الرواية رواها المعلى عن أبي يوسف : كما في البدائع : (٣ / ١٣٧١) .

واستدلوا جميعا على ثبوت ولاية الابن عليها بأن النبى صلى الله عليه (وسلم) [1] " لما خطب أم سلمة قالت يارسول الله مالي ولي حاضر فقال مالك ولي حاضر ولاغائب الا برضائي ثم قال لابنها عمر بن أبى سلمة قم ياغلام فزوج أمك [2] .

قالوا وقد روى أن أنس بن مالك زوج أمه أم سليم من عمه أبى طلحة فلم ينكره رسول الله صلى الله عليه وسلم .

ولأن ابن المرأة عصبة لها فجاز أن يكون وليا في نكاحها كالأب ، ولأن تعصيب الابن أقوى من تعصيب الأب لأنهما اذا اجتمعا سقط " بالابن [3] تعصيب الأب وصار معه ذا فرض فاقتضى أن يكون أولى بتزويجها من الأب ، ولأن الولي انما يراد لحفظ المنكوحة من تزويج من لايكافئها فيدخل العار على أهلها والابن أدفع للعار عنها (و) [4] عن نفسه من سائر الأولياء لكثرة أنفته " وعظم [5] حميته فكان أحق بنكاحها " منهم [6] .

ودليلنا هو أن كل نسب لايملك به أبو المنتسب الولاية لم يملك به المنتسب " الولاية [7] كالأخ من الأم طردا وكالأخ من الأب عكسا ،

---

(١) ساقط من " ص " .

(٢) تقدم تخريجه صفحة (١٣٩) .

(٣) ط " الابن " .

(٤) ساقط من " ط " .

(٥) ط " وشدة " .

(٦) ساقط من " ص " .

(٧) ص " بالولاية " .

" ولأن[1] كل ذى نسب " أدلى بمن[2] لا يملك الاجبار على النكاح لم يكن وليا في النكاح كابن الأخت طردا وكابن الأخ عكسا ، ولأن من لم يجمعهما نسب لم تثبت بينهما ولاية النسب كالابن من الرضاع ،

فان قيل : فالابن مناسب والمرتضع غير مناسب .

قيل : الابن غير مناسب لأمه لأنه " يرجع[3] بنفسه الى أبيه لا اليهما ألا ترى أن ابن العربية من النبطي نبطي[4] ، وابن النبطية من العربي عربي ، ولأن ولي الأختين " المتناسبتين[5] واحد . وولاية الاخوين " المتناسبين[6] واحدة ، فلما لم يملك الابن تزويج خالته لم يملك تزويج أمه ، ولما لم يملك أخوه " لأبيه[7] تزويج أمه لم يملك هو تزويج أمه .

ويتحرر من هذا الاعتلال قياسان :

أحدهما : أن من لم يملك تزويج امرأة لم يملك تزويج أختها المناسبة لها قياسا على ابن البنت طردا " و[8] على ابن العم عكسا .

---

(١) ط " أو لأن " .

(٢) ط " أولى ممن " .

(٣) ط " رجع " .

(٤) يقال رجل نبطى ونباطي ونباط والجمع أنباط وهم قوم ينزلون بالبطائح بين العراقين " أهـ .
مختار الصحاح صفحة (٦٤٣) .

(٥) ط " المناسبين " .

(٦) ط " المناسبين " .

(٧) ط " لأمه " .

(٨) ط " أو " .

والثاني : انها امرأة لا تملك اخوة المناسب له تزويجها فلم يملك هو تزويجها كالخالة طردا وكالعمة عكسا ، ولأن " موضع[١] الولاية بالنسب " أن[٢] يكون على الولد فلم يجز أن يصير الولد قياسا على ولاية المال ، ولأن ولايته على نكاحها لا " تخلو[٣] " أن تكون لادلائه بها أو بأبيه فلم يجز أن تكون لادلائه بأبيه لأن أباه أجنبي منها ولم يجز أن تكون لادلائه بها لأنه لا ولاية لها على نفسها فأولى أن لا يكون " عليها[٤] " ولاية لمن أدلى بها " واذا[٥] " بطل الادلاء بالسببين بطلت الولاية فان قيل: غير منكر أن يكون لمن أدلى بها من ولاية النكاح ماليس لها كالأب يزوج أمة بنته " لادلائها[٦] " وليس للبنت تزويجها .

قيل : لم يزوجها الأب ادلاء بالبنت لأن الادلاء انما يكون من الأسفل الى " الأعلى[٧] " ولا يكون من الأعلى " الى الأسفل[٨] "

---

(١) ص " موضوع " .

(٢) ص " مكرر " .

(٣) ط " تخلوا " .

(٤) ص " لها " .

(٥) ط " فلاذا " .

(٦) ص " ادلائها " .

(٧) ط " الأعلا " .

(٨) في النسختين " بالأسفل " والمثبت هو الصواب .

وانما زوجها لأنه " لما كان[1] وليا على بنته فأولى أن يكون وليا على أمة بنته لأن الولاية اذا ثبتت على الأقوى فأولى أن تثبت على الأضعف .

فاما الجواب عن تزويج أم سلمة ،[2] فمن ثلاثة أوجه :

أحدها : أن ابنها زوجها لأنه كان مع البنوة مناسبا لها لأنه عمر بن أبى سلمة بن عبدالعزى بن هلال بن عبدالله بن عمر بن مخزوم .

(وهي أم سلمة بنت أمية بن المغيرة بن عبدالله بن عمر ابن مخزوم)[3] فكان من بني عمها يجتمعان في عبدالله بن عمر بن مخزوم .

قال أحمد بن حنبل : فكان أقرب عصباتها الحاضرين فزوجها بتعصيب النسب لا بالبنوة .[4]

والجواب الثاني : أن قوله صلى الله عليه (وسلم)[5] فزوج امك[6] أى فجئنى بمن يزوج أمك ، لأمرين :

أحدهما : أن أم سلمة قالت يارسول الله مالي ولي حاضر فأقرها على القول .[7]

فدل على أنه لم يكن وليا .

---

(١) ط " لاولاية " لما كان " .

(٢) حديث زواج أم سلمة تقدم تخريجه صفحة (١٣٩) .

(٣) ساقط من " ص " .

(٤) مذهب الامام أحمد أن الابن يزوج أمه بالبنوة .
انظر: صفحة (٤١١) .

(٥) ساقط من " ص " .

(٦) تقدم تخريجه صفحة (١٣٩) .

(٧) أى مع كون ابنها حاضرا .

والثاني : أنه كان غير بالغ قيل أنه كان ابن ست سنين ، وقيل ابن سبع سنين .(١)

فدل بهذين الأمرين ، على أن أمره بالتزويج انما كان أمرا باحضار من يتولى التزويج .

والجواب الثالث: أن النبي صلى الله عليه (وسلم)(٢) مخصوص في مناكحه بأن يتزوج بغير ولي فأمر ابنها بذلك استطابة لنفسه لا تصحيحا للعقد على أن راوى هذا اللفظ انما هو ثابت(٣)، عن عمر ابن أبي سلمة وثابت لم "يلق(٤) عمر فكان منقطعا.(٥)

وأما أنس بن مالك فكان من عصبات أمه "فزوجها(٦) بتعصيب النسب لا بالبنوة .

وأما الجواب عن "قياسهم(٧) بأنه عصبة كالأب فهو أن الابن عصبة في الميراث (و)(٨) ليس بعصبة في ولاية النكاح ،لأن ولاية النكاح

---

(١) وقيل سنتين كما في النيل :(١٣٢/٦).
(٢) ساقط من "ص".
(٣) تقدمت ترجمته صفحة(٢٨٩).
(٤) ط "يكن".
(٥) قد صححه الحاكم ووافقه الذهبي وصححه ابن حجر . انظر صفحة(١٤٩).
(٦) ط "تزوجها".
(٧) ص "قياسه".
(٨) ساقط من "ص".

يستحقها من علا من العصبات ، والميراث يستحقه من علا وسفل من العصبات .

ثم المعنى في الأب لما كان أبوه وهو الجد وليا لها كان الأب وليا ، ولما كان أب الابن وهو الزوج غير ولي لها لم يكن الابن وليا .

وأما الجواب عن استدلالهم بأن تعصيب الابن أقوى من تعصيب الأب فهو أنه أقوى منه في الميراث لا في ولاية النكاح ولا يجوز أن يعتبر قوة التعصيب في الميراث باستحقاق الولاية في النكاح لأن الصغير والمجنون من الأبناء يسقط في الميراث تعصيب الآباء، وان خرج من ولاية النكاح عن حكم " الأباء "(1) .

واما الجواب عن استدلالهم بأنه أعظم حمية وأكثر أنفة في منعها من غير الأكفاء فهذا المعنى هو الذى أبطل ولايته ، وبه استدل الشافعي فقال لأنه يرى نكاحها عارا .

يعنى أنه يدفع عن تزويجها ويراه عارا فهو لا يطلب الحظ لها في نكاح كفؤها ، والولي مندوب لطلب الحظ لها " فلذلك "(2) خرج الابن عن معنى الأولياء .

* فصل *

فاذا تقرر أن ليس للابن (*) تزويج أمه بالبنوة ، فله تزويجها بأحد أربعة " أسباب "(3) :-

---

(1) ص " الأب " .

(2) ص " فلذك " .

(3) ط " أشياء " .

(*) ص لوحه / ٧٠ .

أحدها : أن يكون عصبة لها من النسب بأن يكون ابن ابن عمها
ولیس لها من هو أقرب منه فیزوجها لأن بنوته ان لم تزده
قوة لم تزده ضعفا .

فعلى هذا لو كان لها ابنا ابن عم أحدهما ابنها فعلى قياس
قوله في القديم هما سواء كالأخ للأب والأم مع الأخ للأب .

وعلى قياس قوله في الجديد ابنها أولى لفضل ادلائه بها .

والسبب الثاني : أن يكون مولى لها أو ابن مولى فيزوجها بولاية الولاء ،
فلو كان (لها) [1] أبناء مولى أحدهما ابنها فعلى قولين
كالأخوين أحدهما لأب وأم والآخر لأب .

أحدهما : وهو القديم أنهما سواء .

والثاني : وهو الجديد ابنها لفضل ادلائه بها أولى. [2]

والسبب الثالث: أن يكون ابنها قاضيا وليس لها عصبة مناسب فيجوز
" لابنها [3] أن يزوجها بولاية الحكم .

والسبب الرابع : أن يكون وكيلا لوليها المناسب فيجوز له أن يزوجها
نيابة عنه كما يزوجها المستناب من الأجانب .

---

(١) ساقط من " ط " .

(٢) انظر: مختصر المزني صفحة (١٦٥).

(٣) في النسختين " لابنه " والمثبت هو الصواب .

* فصـــــل *

" فاذا[1] عتقت المرأة أمة وأرادت تزويجها وكان لها أب وابــــن فأبوها أولى بتزويج المعتقة من ابنها ، فلو ماتت السيدة المعتقـــــة وخلفت أباها وابنها فولاء امتها التى اعتقتها للابن دون الأب وفـــي " أحقهما[2] بنكاحها وجهان :

أحدهما : أن الأب أولى بولاية نكاحها من الابن كما كان أولى بذلــك في حياة سيدتها .

والوجه الثاني : أن الابن بعد موت السيدة أولى بنكاح المعتقة من الأب ، لأنه قد صار بعد الموت أملك بالولاء من الأب فصار أملــك بولاية النكاح من الأب . والله أعلم.

---

(١) ط " واذا " .

(٢) ط " أحقهما " .

* مسـألة *

قال الشافعي (رضى الله عنه)[1] " ولا ولاية بعد النسب الا لمعتق ثم أقرب الناس بعصبة معتقها "[2].

وهذا صحيح قد ذكرنا أن أحق الناس بنكاح المرأة الحرة المناسبون لها من العصبات يترتبون بالقرب اليها على ماذكرنا فمتى وجد واحد منهم وان بعد فهو أحق الناس بنكاحها وان عدموا جميعا قام المولى المعتق في " انكاحها "[3] مقام الأولياء المناسبين من عصبتها لقوله صلى الله عليه وسلم : " الولاء لحمة كلحمة النسب "[4]، ولقوله صلى الله عليه (وسلم)[5] " أيما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل "[6]

---

(١) ساقط من " ص " .

(٢) انظر : مختصر المزني صفحة (١٦٥) .

(٣) ط " نكاحها " .

(٤) أخرجه الامام الشافعي كما في مسنده : (٢/ ٧٣) وتمامه : " لا يباع. ولا يوهب " .
وأخرجه الحاكم في المستدرك : (٤/ ٣٤١) وقال صحيح الاسناد ، ورده الذهبي : وعلته لان في سنده محمد بن الحسن الشيباني ويعقوب بن ابراهيم أبو يوسف ضعفهما غير واحد من الأئمة كما في الضعفاء للذهبي : (٢ / ٥٦٦ - ٥٦٧ - ٦٥٧) .
وأخرج الحديث البيهقي في السنن : (١٠/ ٢٩٢) وصححه الألباني في الجامع الصحيح : (١١٧/٦) وقال في الارواء : (١٠٩/٦ - ١١٤) بعد أن سرد جميع طرقه وشواهده " وجملة القول أن الحديث صحيح من طريق على والحسن . والله أعلم " أهـ

(٥) ساقط من " ص " .

(٦) تقدم تخريجه صفحة (٢٢٥) .

ولأن المولى المعتق قد أفادها بالعتق ماأفادها الأب الحر من زوال الرق حتى صارت مالكة ووارثة وموروثة ومعقولا عنها .

فاقتضى أن يحل محل الأب والعصبات في ولاية نكاحها فمتى وجد المولى المعتق بعد فقد العصبات كان أحق الناس بنكاحها " فان[1] عدم فعصبة المولى يترتبون في ولاية نكاحها على مثل مايترتبون عليه في استحقاق ولائها وميراثها .[2]

فيكون ابن المولى ثم بنوه أحق بولائها وولاية نكاحها من الأب ثم الأب بعد البنين وبنيهم ثم فيمن يستحقه بعد الأب من أهل الدرجة الثانية ثلاثة أقاويل :-

أحدها : الأخوة ثم بنوهم وان سفلوا ثم الجد .

والقول الثاني : الجد ثم الأخوة ثم بنوهم (وان سفلوا).[3]

والقول الثالث: " الأخوة "[4] ثم الجد ثم بنوا الأخوة .

ثم فيمن يستحقها من (أهل)[5] الدرجة الثالثة ثلاثة أقاويل :

أحدها : الأعمام ثم بنوهم وان سفلوا ثم أبو الجد .

والقول الثاني : أبو الجد ثم الأعمام ثم بنوهم وان سفلوا .

والقول الثالث: الأعمام ثم أبو الجد ثم بنوا الأعمام وان سفلوا ثم يترتبون في الدرجة الرابعة ومابعدها على ماذكرنا حتى

---

(١) ط " وان " .

(٢) انظر: روضة الطالبين : (٧/ ٦٠) .

(٣) ساقط من " ط " .

(٤) ط " مكرر " .

(٥) ساقط من " ص " .

ينفذ جميع عصبات المولى ، فان عدموا فمولى " المولى[١] " ثم عصبته على ماذكرنا " فان[٢] لم يبق من الموالي المعتقين وعصباتهم " أحد[٣] وكانت المرأة العادمة للعصبات حرة لاولاء عليها " فالسلطان ولي من لا ولي له[٤] وهو الناظر في الأحكام فتكون له الولاية على الأرامل والأيتام.

* فصل *

واذا كان للمعتقة أبناء مولى استويا في ولاية نكاحها فأيهما زوجها جاز ولو كان لها موليان معتقان لم يجز أن ينفرد احدهما بنكاحها حتى يجتمعان عليه " أو[٥] " يأذن أحدهما لصاحبه فان تفرد أحدهما بنكاحها من غير اذن الآخر كان النكاح باطلاً[٦].

وقال أبو حنيفة : أيهما " انفرد[٧] " بنكاحها من غير اذن صح (النكاح[٨]) وأجراهما مجرى أخوة الحرة وابني مولي المعتقة .

وهذا الجمع خطأ لظهور الفرق بينهما ، وهو أن كل (واحد[٩]) من الأخوين وابنى المولى ممن يستحق كل الولاية والولاء لانتقال حق الميت

---

(١) ط " النعمة " .

(٢) ط " فاذا " .

(٣) ط " أحدا " .

(٤) جزء من حديث صحيح تقدم تخريجه صفحة (٢٢٥) .

(٥) ط "و" .

(٦) انظر: روضة الطالبين : (٧ / ٦١) .

(٧) ط " تفرد " .

(٨) ساقط من "ص" .

(٩) ساقط من "ص" .

منهما الى الباقي وليس كل واحد من المعتقين ممن يستحق كل الولاية والولاء لأن من مات منهما " انتقل[١] حقه الى الباقي فمنع هذا الفرق من صحة الجمع .

فلو مات أحد المعتقين وترك ابنين فزوجها المعتق " الباقي[٢] بأحد ابني المعتق (الميت)[٣] جاز .

ولو زوجها أبناء الميت دون المعتق الباقي لم يجز لما بينا من التعليل ، ولو أعتق رجلان عبدا وأعتق العبد امة ومات العبد لم يكن لأحد المعتقين تزويج الأمة حتى يجتمعان على نكاحها لأن الذى يملكه كل واحد منهما نصف الولاء " فان[٤] تفرد أحدهما بنكاحها بطل واذا عضل أحد المعتقين الأمة أو غاب أو مات ولم يترك عصبة زوجها الحاكم والمعتق الباقي لينوب الحاكم عمن مات أو عضل ،فان تفرد الحاكم بتزويجها دون المعتق أو تفرد به المعتق دون الحاكم كان باطلا لأنه ليس لأحدهما الا نصف الولاية .

---

(١) ط لم " ينتقل " .

(٢) ط " التالي " .

(٣) ساقط من " ط " .

(٤) ط " فاذا " .

* مسألة *

قال الشافعي : " فان استوت الولاة فزوجها باذنها دون أسنهم وأفضلهم كفوا جاز[1] "

اذا كان للمرأة جماعة أولياء متساوى الأحوال في التعصيب والقرب كالأخوة وبنيهم والاعمام وبنيهم فانهم في الولاية سواء لأن كل واحد منهم لو انفرد بها لايستحقها " فاذا[2] شارك غيره لم يخرج منها وقد قال النبي صلى الله عليه (وسلم)[3] " فان اشتجروا فالسلطان ولي من لاولي له[4] فجعلهم عند الأشتجار سواء ولم يقدم منهم مع التكافئ[*] " احدا[5] فاذا كان كذلك لم يخل حالهم من أن يتشاجروا أولا يتشاجروا فان لم يتشاجروا فالأولى أن يتولى العقد منهم أفضلهم سنا ودينا وعلما ، أما السن فلأنه أخبرنا بالأمور لكثرة تجربته ، واما الدين فانه يسارع الى ماندب اليه من طلب الحظ لتوليته ، واما العالم فلأنه يعرف شروط العقد في صحته وفساده فاذا تولاه من تكاملت فيه هذه الأوصاف كان أولى وأفضل وان تولاه منهم من خالفها فكان أصغرهم سنا وأقلهم علما " ودينا[6] لكنه كان بالغا عدلا فالنكاح

---

(١) انظر : مختصر المزني صفحة (١٦٥) .

(٢) ط " واذا " .

(٣) ساقط من " ص " .

(٤) تقدم تخريجه صفحة (٢٢٥) .

(٥) ط " أحد " .

(٦) ص " غير واضح " .

(*) ط لوحه / ٥٠ .

جائز لأنه " لو لم يكن[1] سواه لصح عقده ولم يكن لما أخل به من زيادة الفضل تأثير فكذلك اذا كان مع غيره .

* فصل *

" فان[2] تشاجروا وطلب كل واحد منهم أن يكون هو المتولى للعقد لم يترجح منهم عند التشاجر بالسن والعلم أحد وكانوا مع اختلافهم في ذلك سواء لأن كل صفة لم تكن شرطا في الولاية مع الانفراد لم يترجح بها أحدهم عند " الاجتماع[3] كالمخالطة ، والجوار وكالعدالة عكسا .

واذا كان كذلك وجب الاقراع بينهم ليتميز بالقرعة أحدهم لأن مااشتركت الجماعة في موجبه ولم يكن اشتراكهم في حكمه تميزوا فيه بالقرعة كما يقرع بين أولياء القصاص فيمن يتولاه منهم وبين أولياء الطفل فيمن يكفله من بينهم فاذا أقرع بينهم كان من قرع منهم أولاهم بالعقد أن يتولاه الا (أن)[4] يأذن لغيره فيه وهل يصير أولى به استحقاقا أو اختيارا على وجهين :

أحدهما : أنه يصير أولى به من طريق الاستحقاق لترجحه بالقرعة على من سواه فعلى هذا ان اذن لغيره فيه كان نائبا عنه وان تولاه غيره من الجماعة بغير اذنه كان النكاح باطلا .

---

(١) ط " لو كان " .
(٢) ط " واذا " .
(٣) ط " الاحتجاج " .
(٤) ساقط من " ط " .

والوجه الثاني : أنه أولى به من طريق الاختيار لتكافؤ الجماعة في الاستحقاق فعلى هذا ان اذن لغيره فيه كان تاركا لحقه والمتولي له قائم فيه بحق نفسه وان تولاه غيره من الجماعة " باذنه "[1] كان " النكاح جائزا (والله أعلم)[2].

---

(١) ط " بغير اذنه " .

(٢) ساقط من " ص " .

* مســـألة *

قال الشافعي (رضى الله عنه)[١] " وان كان غير كفء لم يثبت الا باجتماعهم قبل انكاحه فيكون حقا لهم تركوه"[٢]

اذا رضيت المرأة لنفسها رجلا ودعت أولياءها الى تزويجها به لم يخل الرجل من أن يكون كفؤا لها أو غير كفء فان كان كفؤا لزمهم تزويجها به ، فان قالوا نريد من هو أكفأ منه لم يكن لهم (ذلك)[٣] لأن طلب الزيادة على الكفاءة خروج عن الشرط المعتبر الى مالا يتناهى فسقط وكانوا ان أقاموا على هذا القول عضلة يزوجها الحاكم (دونهم)[٤] وان كان غيركفء كان لهم ان يمتنعوا من تزويجها لئلا يدخل عليهم عار بنقصه ،فلو رضوا به الا واحد كان للواحد منعها منه لما يلحقه من عاره وجرى ذلك مجرى أولياء الميت المقذوف اذا عفوا عن القاذف الا واحد كان للواحد أن يحده لما يلحقه من معرة[٥] القذف فلو يأذن أحد أوليائها بغير علم الباقين ورضاهم فزوجها بهذا الذى ليس بكفء لها فظاهر ماقاله الشافعي هاهنا في كتاب الأم[٦] " ان النكاح باطل" لأنه قال لم يثبت الا باجتماعهم قبل انكاحه فيكون حقا لهم تركوه .

---

(١) ساقط من " ص " .

(٢) انظر: مختصر المزني صفحة (١٦٥).

(٣) ساقط من " ط " .

(٤) ساقط من " ط " .

(٥) المعرة : " الأذى " قاله في اللسان : (٥/ ١٨١).

(٦) (٥/١٥).

وقال في كتاب الاملاء فان زوجها من غيركفء كان لهم الـــرد .
فظاهر هذا جواز النكاح وللأولياء خيار الفســخ .

فاختلف أصحابنا في ذلك على مذهبين :

أحدهما : أن اختلاف الجواب في الموضعين على اختلاف قولين.

"أحدهما"[1] وهو ظاهر نصه في الاملاء أن النكاح جائــز وللأولياء خيار الفسخ لأن عدم الكفاءة نقص يجرى مجرى العيوب في النكاح والبيع التى توجب خيار الفسخ مع صحة العقـــد .

والقول الثاني : وهو ظاهر مانص عليه في هذا الموضع وفي كتاب الأم،[2] أن النكاح باطل لأن عقد النكاح لايقع موقوفا على الاجازة ، فــاذا لم ينعقد لازما كان باطلا ولأن غير الكفء غيرمأذون فيه فــي حق من له الاذن فكان العقد فيه باطلا كمن عقد على غــيره بيعا ونكاحا بغير أمره فهذا أحد مذهبى أصحابنا وهو قــول أبى اسحق (المروزى)[3] وطائفة ،

والمذهب الثاني : ان اختلاف الجوابين على اختلاف حالــين وليس على اختلاف قولين ، والذى يقتضيه نصه في هذا الموضــع من "بطلان"[4] النكاح هو اذا كان الولي العاقد عالمــا بأن الزوج غير كفء قبل العقد ، والذى يقتضيه نصه في الاملاء مــن جواز النكاح وثبوت الفسخ فيه لباقي الأولياء هو اذا لم يعــلم الولي بذلك الا بعد العقد وهذا أصح المذهبين وأولى الطريقين

---

(١) ط " أحد القولين " .

(٢) (٥ / ١٥) .

(٣) ساقط من " ط " وانظر ترجمته صفحة (٢٦٢) .

(٤) ص " اطلاق " .

لأنه مع العلم مخالف ومع التدليس مغرور فجرى مجرى الوكيل " اذا[(١)] اشترى لموكله مايعلم بعيبه لم يصح عقده ، ولو اشترى له مالا يعلم بعيبه صح عقده ويثبت فيه الخيار .

* فصل *

واذا كان الأقرب من أوليائها واحدا فرضي ورضيت بغير كفء فزوجها به وأنكره باقي الأولياء فلا اعتراض لهم والنكاح ماض لأن الأقرب قد حجب الأباعد عن الولاية فلم يكن لهم اعتراض كما لم يكن لهم ولاية ، ولو كان الأقرب هو الممتنع والأباعد هم الراضون فمنع الأقرب أولى من رضى الأباعد وان كثروا " لأن[(٢)] تحجبهم عن الولاية لا يعتبر فيهم منع ولا رضى .

---

(١) ط " الذى اذا " .

(٢) ط " لأنهم " .

* مســــألـة *

قال الشافعي (رضى الله عنه)[1] " وليس نكاح غير الكفء بمحـــرم " فأرده[2] بكل حال إنما هو نقص على الزوجة والولاة "[3].

اما الكفاءة في النكاح فمعتبرة بين الزوجين في حقوق الزوجـــة والأولياء لرواية عطاء[4]، عن عمرو بن دينار[5]، عن جابر بن عبد اللـــه[6] قال قال رسول الله صلى الله عليه (وسلم)[7] " لا تنكحوا النساء الا الأكفـــاء ولا " يزوجهن[8] الا الأولياء "[9].

---

(١) ساقط من " ص " .

(٢) ط " فأورده " .

(٣) انظر: مختصر المزني صفحة (١٦٥) .

(٤) تقدمت ترجمته صفحة (١٩٥) .

(٥) هو عمرو بن دينار المكى أبو محمد الأثرم الجمحى مولاهـــم أحد الأعلام ، ثقة ثبت .
قال ابن أبى نجيح ماكان عندنا أحد أفقه ولا أعلم من عمرو بـــن دينار، مات رحمه الله سنة خمس وعشرين ومائة .
انظر: تهذيب التهذيب : (٨/ ٢٨-٣٠) ، تقريب صفحة (٢٥٩) .

(٦) تقدمت ترجمته صفحة (٦٢) .

(٧) ساقط من " ص " .

(٨) ط " يروجوهن " .

(٩) أخرجه الدارقطنى في سننه : (٣ / ٢٩٩) والبيهقي فـــي السنن : (٧ / ١٣٣) وتمامه :" ولا مهر دون عشرة دراهـــم " وقال الدارقطنى في سنده مبشر بن عبيد متروك الحديـــث أحاديثه لا يتابع عليها ، وقال البيهقى هذا حديث ضعيف بمرة " وقال الألباني في الارواء : (٦ / ٢٦٤) موضوع ونقل عن الامـــام أحمد قوله :" مبشر بن عبيد أحاديثه موضوعة كذب " ، وقال مـــرة ===

" وروى هشام بن عروة[١] عن أبيه عن عائشة أن النبي صلى الله عليه (وسلم)[٢] قال : " تخيروا لنطفكم وأنكحوا الأكفاء وأنكحوا اليهم "[٣].

=== اخرى يضع الحديث . " انظر: نصب الراية : (٣ / ١٩٦)، سنن البيهقى : (٧ / ١٣٢ - ١٣٣).

(١) ط " وروى عن خالد ابن عروة " وقد تقدمت ترجمة هشام صفحة (٢٢٧).

(٢) ساقط من " ص " .

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه : (٣ / ٢٩٩) ، والبيهقي : (٧/ ١٣٣) وابن ماجة : (١/ ٦٣٣) قال البوصيري في الزوائد : (٢ / ١١٥) في اسناده الحارث بن عمران المدني قال فيه أبو حاتم ليس بالقوى " أهـ .
وأخرجه الحاكم في المستدرك : (٢ / ١٦٣) وقال صحيح الاسناد وتعقبه الذهبي فقال فيه الحارث متهم وعكرمة بن ابراهيم ضعفوه" أهـ وقال ابن أبي حاتم عن أبيه هذا الحديث ضعيف من جميع طرقه ومثله قال الزيلعي . انظر: نصب الراية : (٣ / ١٩٧)، تخريج أحاديث الكشاف لابن حجر : (١/ ٣٥٦)، وقال في تلخيص الحبير : (٣ / ١٤٦)، " ومداره على أناس ضعفاء رووه عن هشام أمثلهم صالح بن موسى الطلحي والحارث بن عمران الجعفري وهو حسن " وقال في الفتح : (٩/ ١٢٥).
وأخرجه أبو نعيم من حديث عمر وفي اسناده مقال ويقوى أحد الاسنادين بالآخر " .
وذكره الألباني في سلسلة الأحاديث الصحيحة : (٣ / ٥٧) وقال : " ثم رأيت له متنا آخر أخرجه ابن عساكر في تاريخ دمشق : (٥/ ١٢٠/ ٢) من طرق عن أبي بكر أحمد بن القاسم أنا أبو زرعة نا أبو النضر نا الحكم بن هشام حدثني هشام ابن عروة وهذا اسناد حسن رجاله كلهم ثقات من رجال التهذيب غير أحمد بن القاسم التميمي ترجمه ابن عساكر : (٢/ ٤٢) وروى عن ===

وروى محمد بن عمر بن علي بن أبي طالب[١]، عن أبيه،[٢] عن جده،[٣] أن النبي صلى الله عليه (وسلم)[٤] قال : " ثلاثة لا تؤخر الصلاة : اذا أتت والجنازة اذا حضرت والأيم اذا وجدت كفوا "[٥].

=== عبدالعزيز الكناني انه قال كان ثقة مأمونا ، وفي الحكم بن هشام وأبي النضر واسمه اسحق بن ابراهيم بن يزيد الدمشقي كلام لا يضر ، وقد قال الحافظ في كل منهما " صدوق " زاد في الثاني ضُعِّفَ بلا مستند فالحديث بمجموع هذه المتابعات والطرق وحديث عمر رضي الله عنه صحيح بلا ريب ولكن يجب أن يعلم أن الكفاءة انما هي في الدين والخلق فقط " أ هـ

(١) هو محمد بن عمر بن علي بن أبي طالب الهاشمي أمه أسماء بنت عقيل روى عن جده مرسلا وأبيه وعمه محمد بن الحنفيه ذكره ابن حبان في الثقات ، وقال ابن القطان حاله مجهول ، وقال في التقريب صدوق " أهـ.

انظر: تهذيب التهذيب : (٩/ ٣٦١) ، تقريب صفحة (٣١٢) .

(٢) عمر بن علي بن أبي طالب الهاشمي الأكبر أمه الصهباء بنت ربيعة من بني تغلب روى عن أبيه وعنه أولاده كان آخر ولد علي رضي الله عنه ذكره العجلي وابن حبان في الثقات قتل سنة سبع وستين .

انظر: تهذيب التهذيب : (٧/ ٢٨٥) ، تاريخ الثقات للعجلي صفحة (٣٦٠) .

(٣) علي بن أبي طالب رضي الله عنه تقدمت ترجمته صفحة (١٣١) .

(٤) ساقط من " ص " .

(٥) أخرجه الترمذي : (٣ / ٣٨٧) وقال حديث غريب وما أرى اسناده بمتصل .

وأخرجه البيهقي في السنن : (٧ / ١٣٣) ، والحاكم في المستدرك : (٣ / ١٦٢ - ١٦٣) عن سعيد بن عبدالرحمن الجمحي وقال هذا حديث غريب صحيح ووافقه الذهبي .

ولأن في نكاح غير الكفء عار يدخل على الزوجة والأولياء " وغضاضة[1] تدخل على " الاولاد[2] يتعدى اليهم نقصها فكان لها وللأولياء دفعه عنهم وعنهـا .

* فصـــل *

فاذا ثبت اعتبار الكفاءة فهي المساواة مأخوذة من كفتي المـــيزان لتكافئهما وهي معتبرة بشرائط نذكرها ، أصلها مارواه سعيد بن أبي سعيد[3]، عن أبيـه[4]، عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه (وسلم)[5] أنه قـال : " تنكح المرأة لأربع: لمالها وحسبها ودينها وجمالها فاظفر بذات الديـن تربت يداك[6] " يقال ترب الرجل اذا افتقر وأترب اذا استغني وفـي

---

(١) ط " فضاضه " والغضاضة : الذلة والمنقصة " قاله في مختـار الصحاح ،صفحة (٤٧٦) .

(٢) ط " الأولياء " .

(٣) هو سعيد بن أبي سعيد -كيسان - المقبري متفق على توثيقـه مات سنة ثلاث وعشرين ،وقيل خمس وعشرين ومائة ، وقيل غير ذلك انظر: تاريخ الثقات للعجلي صفحة (١٨٤) تهذيب التهذيب : (٤/ ٣٨-٣٩) .

(٤) هو كيسان أبو سعيد المقبري المدني كان ثقة كثير الحديـــث توفي سنة مائة ، والمقبري نسبة الى مقبرة بالمدينة كان مجاورا لها - وقيل كان ينزل ناحية المقابر.
انظر: تهذيب التهذيب : (٨/ ٤٥٣) .

(٥) ساقط من " ص " .

(٦) رواه البخاري : (٩ / ١٣٢) ، ومسلم : (١٠ / ٥١) والدارقطني (٣ / ٣٠٣) ،وأبو داود : (٢ /٣٩) ، وابن ماجة : (١/ ٥٩٧) ===

هذا القول من رسول الله صلى الله عليه (وسلم)[1] " ثلاثة[2] " تأويلات :

أحدها : أن تربت هاهنا بمعنى استغنت وان كان في اللغة بمعنى افتقرت فتصير من أسماء الأضداد لأن رسول الله صلى الله عليه (وسلم)[3] لايجوز أن " يدعو "[4] على من لم يخالف له أمرا مع أن الدعاء مقرون بالاجابة .

والثاني : أن معناه تربت يداك ان لم تظفر بذات الدين ، لأن من لم يظفر بذات الدين سلبت منه البركة فافتقرت يداه .

والثالث: أنها كلمة تخف على ألسنة العرب في خواتيم الكلام لا يريدون بها دعاء ولا ذما كقولهم ماأشعره قاتله الله وماأرماه شلت يداه .[5]

== وأحمد : (٢ / ٤٢٨) ، ورواه الترمذى : (٣ / ٣٩٦) ، والنسائى (٦/٦٥) .

عن جابر مرفوعا بلفظ : " ان المرأة تنكح على دينها وجمالها فعليك بذات الدين تربت يداك " قال الترمذى حسن صحيح "

(١) ساقط من " ص " .

(٢) ط " ثلاث " .

(٣) ساقط من " ص " .

(٤) ط " يدعوا " .

(٥) قال ابن حجر في الفتح : (٩/١٣٥) تربت يداك أى الصقتا بالتراب وهي كناية عن الفقر وهو خبر بمعنى الدعاء لكن لا يراد به حقيقته وبهذا جزم صاحب العمدة " .

فاذا ثبت هذا فالشرائط التى تعتبر بها الكفاءة سبعة وهي : الدين ،والنسب ، والحرية ، والمكسب ، والمال ،(١) والسن ، والسلامة من العيوب .

وقال مالك : الكفاءة معتبرة بالدين وحده،(٢)

وقال ابن أبى ليلى(٣) : (هي)(٤) معتبرة بشرطين : الدين والنسب ،

وقال الثورى(*) : هي معتبرة بثلاثة شرائط : الدين والنسب والمال وهي احدى الروايتين عن أبي حنيفة،(٥)

وقال أبو يوسف(**) هي معتبرة " بأربع "(٦) شرائط : الدين ، والنسب ، والمال ، والمكسب (وهي)(٧) الرواية الثانية عن أبى حنيفة.(٨)

---

(١) الراجح في المذهب أن المال لايشترط لأن المال غاد ورائح ولا يفتخر به أصحاب المروءات والبصائر " أهـ . اعانة الطالبين : (٣ / ٣٣٠) .

(٢) قال الدردير في الشرح الكبير : (٢ / ٢٤٩) ،والمعتبر في الكفاءة أمران : الدين ، والحال : ،أى السلامة من العيوب التى توجب لها الخيار لا الحال بمعنى الحسب والنسب وانما تندب فقط "

(٣) تقدمت ترجمته صفحة (٢١٥) .

(٤) ساقط من " ص " .

(٥) انظر : بدائع الصنائع : (٣ / ١٥١٨-١٥٢١) .

(٦) ط " باربعة " .

(٧) ساقط من " ص " .

(٨) زاد في تحفة الفقهاء : (١/ ١٥٤) " الحرية " وانظر بدائع الصنائع : (٣/ ١٥١٨-١٥٢١) ، المغنى لابن قدامة : (٧ / ٣٥) .

(*) تقدمت ترجمته صفحة (٢١٤) .

(**) تقدمت ترجمته صفحة (٢١٧) .

ونحن ندل على (كل)[1] شرط منهما ونبين حكمه .

أما الشرط الأول وهو الدين ، فان " اتفاقهما[2] " في الاسلام والكفر كان شرطا معتبرا بالاجماع لقوله تعالى : (لَا يَسْتَوِي أَصْحَابُ النَّارِ وَأَصْحَابُ الْجَنَّةِ)[3] ، ولقوله صلى الله عليه (وسلم)[4] : " أنا برئ من كل مسلم مع مشرك "[5] .

---

(١) ساقط من " ط " .

(٢) ص " اختلافهما " ، ط " اختلفا " ، والمثبت هو الصواب .

(٣) سورة الحشر ، الآية (٢٠) .

(٤) ساقط من " ص " .

(٥) أخرجه النسائي : (٨/٣٦) عن اسماعيل بن أبي حازم عن قيس بن أبي حازم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث سرية الى قوم من خثعم فاستعصموا بالسجود فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بنصف العقل وقال اني برئ من كل مسلم مع مشرك ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ألا لا يتراءى ناراهما .

وأخرجه الترمذى : (٤ / ١٥٥) عن قيس عن جرير بن عبدالله بلفظ : " أنا برئ من كل مسلم يقيم بين أظهر المشركين " وقال هذا أصح وذكر أن أكثرهم لم يذكروا جريرا ، وقال سمعت محمدا - يعني البخاري - يقول الصحيح حديث قيس عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلا " ،

ورواه أبو داود : (٣ / ١٠٤ - ١٠٥) وذكر أن جماعة رووه مرسلا " والحديث حسنه الألباني في صحيح الجامع : (٢ / ١٦ - ١٧) وقال في الارواء : (٥/ ٣٠) صحيح لكنهم أعلوه بالارسال "

وقوله لا تراءى ناراهما : معناه أن الله قد فرق بين داري الاسلام والكفر فلايجوز لمسلم أن يساكن الكفار في بلادهم حتى اذا أوقدوا نارا كان منهم بحيث يراها " وقيل غير ذلك .

انظر : معالم السنن للخطابي : (٣/ ١٠٥) مع أبي داود .

" وان[1] كان اختلافهما في العفاف والفجور مع اتفاقهما في الاسلام والكفر فعند محمد بن الحسن،[2] أنه ليس بشرط معتبر، وعند الجماعة أنه شرط معتبر[3] لقوله تعالى : (الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ[4]) ،وقال تعالى : (أَفَمَنْ كَانَ مُؤْمِنًا كَمَنْ كَانَ فَاسِقًا لَا يَسْتَوُونَ[5]) .

وروى عن النبي صلى الله عليه (وسلم)[6] " أنه قال لا يفرك مؤمن مؤمنة إن كره منها خلقا رضي منها خلقا[7] .

فاما المسلمان " اذا[8] كان " أبوا[9] أحدهما مسلمين وأبوا الآخر كافرين فانهما يكونا " كفوين[10] .

---

(١) ط " فان " .

(٢) ستأتي ترجمته صفحة (١٠٧٣) .

(٣) انظر: بدائع الصنائع : (٣ / ١٥١٨) ، الشرح الكبير للدردير (٢ / ٢٤٩) ، المغني لابن قدامة : (٧ / ٣٥) .

(٤) سورة النور ، الآية (٣) .

(٥) سورة ألم السجدة : الآية (١٨) .

(٦) ساقط من " ص " .

(٧) أخرجه أحمد في مسنده : (٢ / ٣٢٩) ، ومسلم في صحيحه : (٥٨/١٠) ، قال النووي في شرح مسلم : (٥٨/١٠) .
يفرك : بفتح الياء والراء واسكان الفاء بينهما ، قال أهل اللغة : فركه بكسر الراء يفركه بفتحها اذا أبغضه والفرك بفتح الفاء واسكان الراء البغض " .

(٨) ط " ان " .

(٩) ط " أبو " .

(١٠) ط " كافرين " .

وقال أبو حنيفة : لا تكافيء بينهما لأنه لما لم يتكافأ الأباء لم يتكافأ الأبناء .

وهذا خطأ لأن فضل النسب " يتعدى[1] وفضل الدين لا يتعدى لأن النسب لا يحصل للأبناء " الا من الأباء فتعدى فضله الى الأبناء والدين قد يحصل للأبناء بأنفسهم من غير الأباء فلم يتعد فضله الى الابناء[2].

* فصل *

واما الشرط الثاني وهو النسب فمعتبر بقوله صلى الله عليه (وسلم[3]) تنكح المرأة لأربع لما لها وحسبها[4] يعني بالحسب " النسب[5] وروى عنه صلى الله عليه (وسلم[6]) أنه قال : " اياكم وخضراء الدمن[7] "

---

(١) ط " يتعدا " .

(٢) ط " مكرر " من قوله :" الا من الأبناء " .

(٣) ساقط من " ص" .

(٤) جزء من حديث صحيح تقدم تخريجه صفحة (٤٣٣) .

(٥) ص" المال النسب" .

(٦) ساقط من " ص" .

(٧) أورده القضاعي في مسند الشهاب : (٢ / ٩٦) عن أبي سعيد الخدري أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " اياكم وخضراء الدمن فقيل يارسول الله وماخضراء الدمن قال : المرأة الحسناء في المنبت السوء " .

قال الحافظ في تلخيص الحبير: (٣ / ١٤٥) رواه الرامهرمزي والعسكري في الأمثال وابن عدى في الكامل والخطيب في ايضاح الملتبس كلهم من طريق الواقدى به " أهـ.

قلت : محمد بن عمر الواقدى قال البخاري وأبو حاتم متروك، وكذبه ===

ضرب ذلك " مثلا للمرأة[١] الحسناء من أصل خبيث واذا كان " كذلك[٢] فالناس يترتبون في أصل الانساب ثلاث مراتب قريش، ثم سائر العرب، ثم العجم .

فاما قريش فهي أشرف الأمم لما خصهم الله تعالى به من رسالته وفضلهم به من نبوته ، ولقوله صلى الله عليه (وسلم)[٣] قدموا قريشا

== الامام أحمد وابن المديني والنسائي وضعفه الدارقطني وغيرهم كما في ميزان الاعتدال : (٣ / ٦٦٣)، تهذيب التهذيب : صفحة (٣١٣) ، الضعفاء للدارقطني صفحة (٣٤٦) ،الضعفاء الصغير للبخاري صفحة (٢١٥).

وقال الألباني في سلسلة الأحاديث الضعيفة : (١ / ٢٤) ضعيف جدا ، وضعفه العراقي في تخريج الاحياء : (٢/ ٣٨) والزرقاني في مختصر المقاصد الحسنه صفحة (٧٩) وانظر الفوائد المجموعة للشوكاني صفحة (١٣٠).

وأما الدمن في الحديث فالمراد بها البعر تجمعه الريح ثم يركبه السافي فاذا أصابه المطر نبت نبتا ناعما يهتز وتحته الدمن الخبيث .،

والمعنى : لاتنكحوا المرأة لجمالها وهي خبيثة الأصل لأن عرق السوء لا ينجب .

قال الشاعر :-

" وقد ينبت المرعى على دمن الثرى "

انظر: تلخيص الحبير: (٣ / ١٤٥).

(١) ص " مثل المرأة " .

(٢) ط " ذلك مثلا للمرأة الحسناء " .

(٣) ساقط من " ص".

" ولا تقدموها [١] وتعلموا من قريش ولا تعلموها [٢] فلا يكافئ قريشا أحد من العرب والعجم ، واختلف أصحابنا هل تكون قريشا كلهم أكفاء في النكاح على وجهين :

أحدهما : وهو مذهب البصريين من أصحابنا ، وبه قال أبو حنيفة أن جميع قريش أكفاء في النكاح [٣] لأن النبي صلى الله عليه (وسلم) [٤] قال : " الأئمة من قريش [٥] فلما كان جميع قريش في الامامة أكفاء فأولى أن يكونوا في النكاح أكفاء.

---

(١) ص " تتقدموها " .

(٢) رواه البيهقي في المعرفة صفحة (٢٥) ، والخطيب في تاريخه : (٢/ ٦١) ، وابن أبي شيبة في المصنف : (١٢/ ١٦٩) ، قال الألباني في الارواء : (٢ / ٢٩٥ - ٢٩٧) صحيح روى من حديث الزهري مرسلا ومن حديث عبدالله بن السائب وعلى بن أبي طالب وأنس بن مالك وجبير بن مطعم ، ثم ذكر طرقه وقال فهو بهذه الطرق صحيح ان شاء الله تعالى فان مجيئه مرسلا بسند صحيح كما سبق مع اتصاله من طرق أخرى يقتضى صحته اتفاقا كما هو مقرر في مصطلح الحديث ، وقد أشار الحافظ في الفتح : (٣ / ١٠٥) الى صحة الحديث ، والله أعلم " أهـ وانظر : فيض القدير: (٤/ ٥١٤) ، وتخريج التنكيل : (١/ ٣٩٣) .

(٣) انظر: بدائع الصنائع : (٣/ ١٥١٨) ، روضة الطالبين : (٧/ ٨٠) .

(٤) ساقط من " ص " .

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف : (١٢/ ١٦٩-١٧٠) عن أنس قال أتانا رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحن في مبيت رجل من الأنصار فأخذ بعضا دتي الباب وقال الائمة من قريش .
ورواه الامام أحمد في مسنده : (٣/ ١٢٩) عن بكير بن وهب الجزرى قال قال لي أنس بن مالك أحدثك حديثا ما أحدثه كل أحد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قام على باب البيت ونحن فيه ===

والوجه الثاني [*] : وهو مذهب البغداديين من أصحابنا أن قريشا يتفاضلون بقربهم من رسول الله صلى الله عليه (وسلم) [1] ولا يتكافئون لرواية عائشة (رضى الله عنها) [2] عن النبي صلى الله عليه (وسلم) [3] أنه قال : " نزل علي جبريل فقال لي قلبت مشارق الأرض ومغاربها فلم أر أفضل من محمد وقلبت مشارق الأرض ومغاربها فلم أر أفضل من بني هاشم [4] " .

=== فقال " الأئمة من قريش ان لهم عليكم حقا مثل ذلك ما ان استرحموا فرحموا وان عاهدوا وفوا وان حكموا عدلوا فمن لم يفعل ذلك منهم فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين زاد في الحلية لأبي نعيم : (٣ / ١٧١) ولا يقبل الله منهم طرفا ولاعدلا ثم قال هذا حديث مشهور ثابت من حديث أنس رضى الله عنه .

وأخرجه الدولابي في الكني صفحة (١٠٦) والحاكم في المستدرك : (٤ / ٥٠١) عن أنس مرفوعا الأمراء من قريش ماعملوا فيكم بثلاث مارحموا اذا استرحموا وأقسطوا اذا قسموا وعدلوا اذا حكموا " . وقال الحاكم صحيح الاسناد على شرط الشيخين ، ووافقه الذهبى .

ورواه البيهقي في السنن : (٣ / ١٢٢) ، وقال الألباني في الارواء : (٢ / ٢٩٨) صحيح الاسناد " .

(١) ساقط من " ص" .

(٢) ساقط من " ص " .

(٣) ساقط من " ص" .

(٤) رواه الطبراني في الأوسط عن عائشة رضى الله عنها " عن النبي صلى الله عليه وسلم عن جبريل عليه السلام قال قلبت مشارق الأرض ومغاربها فلم أر أفضل من محمد صلى الله عليه وسلم ولم أر بيتا أفضل من بيت بني هاشم " وفي سنده موسى بن عبيدة الربذى وهو ضعيف " أهـ . ===

(*) ص لوحه / ٧٥ .

ولأن قريشا لما شرفت برسول الله صلى الله عليه (وسلم)[1] على سائر العرب كان أقربهم برسول الله صلى الله (عليه وسلم)[2] "أشرف"[3] من سائر قريش، ولأنهم لما ترتبوا في الديوان بالقرب "حتى"[4] صاروا فيه على عشرة "مراتب دل"[5] على تمييزهم بذلك في الكفاءة.

وإذا كان كذلك فجميع بني هاشم[6] وبني عبد المطلب[7] أكفاء لأن النبي صلى الله عليه (وسلم)[8] جمعهم في سهم "ذوي"[9] القربى[10]،

== وانظر: مجمع الزوائد: (٨ / ٢١٧)، البداية والنهاية لابن كثير: (٢ / ٢٤٠).

(١) ساقط من "ص".

(٢) ساقط من "ص".

(٣) ط "لشرف".

(٤) ط "حين".

(٥) ص "مراتبدل".

(٦) اسم هاشم عمرو بن عبد مناف. كما في سيرة ابن هشام: (١ / ٣).

(٧) اسم عبد المطلب شيبة، بن هاشم. المرجع السابق.

(٨) ساقط من "ص".

(٩) ط "ذي".

(١٠) رواه الشافعي كما في مسنده: (٢ / ١٢٥)، والبيهقي في السنن: (٦ / ٣٦٥) عن جبير بن مطعم قال لما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم سهم ذوي القربى من خيبر على بني هاشم وبني المطلب مشيت أنا وعثمان رضي الله عنه فقلت يا رسول الله هؤلاء اخوانك بنوا هاشم لا ننكر فضلهم لمكانك الذي جعلك الله به منهم أرأيت اخواننا من بني المطلب اعطيتهم وتركتنا وانما نحن وهم منك بمنزلة واحدة فقال انهم لم يفارقونا في جاهلية ولا اسلام انما بنوا المطلب وبنوا هاشم شيء واحد ثم شبك رسول الله صلى الله عليه وسلم يديه احداهما في الأخرى. ===

وجمع عمر (بن الخطاب) [١] بينهم في الديوان . [٢]

" ثم " [٣] يليهم سائر بني عبد مناف [٤] ، وبني زهرة ، ولا يفضل

=== قال البرقاني وهو على شرط مسلم كذا في تلخيص الحبير : (٣ / ١٠٠) .

وأخرجه أبو داود : (٣ / ٣٨٣ - ٣٨٤) بألفاظ متقاربه .

ورواه البخاري في صحيحه : (٦ / ٢٤٤) عن جبير بن مطعم قال مشيت انا وعثمان بن عفان الى رسول الله فقلنا يارسول الله اعطيت بني المطلب وتركتنا ونحن وهم منك بمنزلة واحدة فقال صلى الله عليه وسلم انما بنوا المطلب وبنوا هاشم شيء واحد "اهـ عثمان بن عفان هو ابن أبي العاص بن امية ، وجبير هو بن مطعم بن عدى بن نوفل ، وأمية هو ابن عبد شمس ، وعبد شمس ونوفل وهاشم والمطلب أولاد عبد مناف بن قصي فقسم رسول الله سهم ذوى القربى في بني هاشم وبني المطلب ولم يعط بني أمية بن عبد شمس وبني نوفل شيئا وان كانا أخوى هاشم والمطلب لأن الفرق هو الذى ذكره رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو ان بني هاشم وبني المطلب شيء واحد لم يفارقوهم في جاهلية ولا اسلام ودخلوا معهم في الشعب دون بني أمية وبني نوفل " .

انظر: الرسالة للشافعي صفحة (٤١ - ٤٢) ،الأم: (٤/١٤٦ - ١٤٧) ، السنن الكبرى للبيهقي : (٦ / ٣٦٤ - ٣٦٥) ، تحفة الطالب بمعرفة أحاديث مختصر ابن الحاجب صفحة (٣٣٠ - ٣٣١) .

(١) ساقط من " ص " .

(٢) انظر: البيهقي السنن الكبرى : (٦ / ٣٦٦) .

(٣) ط " و " .

(٤) اسم عبد مناف المغيرة بن قصي : كما في سيرة ابن هشام: (١ / ٣) .

بنوا عبد شمس في كفاءة النكاح على بني نوفل ولا بني عبد العزى ،
ولا بنوا عبدالعزى على بني عبدالدار ولا بنوا عبد مناف على بني زهرة ،
وان فعلنا ذلك في وضع الديوان لأمرين :

أحدهما : أنه يشق اعتباره في كفاءة النكاح ولا يشق اعتباره في وضع الديوان .

والثاني : أن الكفاءة معتبرة في البطون الجامعة في الأفخاذ المتفرقة لأننا ان لم " نعد "(١) الى بني " اب أبعد "(٢) (صارت المناكح مقصورة على بني الأب الأقرب)(٣) فضاقت ثم جمعنا بين بني عبد مناف وبني زهرة في كفاءة النكاح وان لم " يكونا "(٤) بطنا واحدا لرواية الأوزاعي(٥) ، أن النبي صلى الله عليه (وسلم)(٦) قال " صريح قريش أبناء كلاب "(٧) يعني " بني "(٨) قصي " وبني "(٩) زهرة .

(و)(١٠) لأن النبي صلى الله عليه (وسلم)(١١) يرجع الى قصي بأبيه

---

(١) ط " نقل " .

(٢) ط " الأب الأقرب " .

(٣) ساقط من " ط " .

(٤) ط " يكونوا " .

(٥) تقدمت ترجمته صفحة (٢١٤) .

(٦) ساقط من " ص " .

(٧) لم أجده .

(٨) ط " من " .

(٩) ط " وهي " .

(١٠) ساقط من " ط " .

(١١) ساقط من " ص " .

والى زهرة بأمه[1] فتقاربا " في الكفاءة[2] بأبويه صلى الله عليه (وسلم)[3] ثم يلي بني عبد مناف وبني زهرة سائر قريش فيكونوا جميعا أكفاء فلو كان فيهم بنوا أب له سابقة في الاسلام يكافئهم الباقون من قومهم كبني أبي بكر هل يكافئهم قومهم من بني تيم وكبني عمر هل يكافئهم قومهم من بني عدى يحتمل وجهين :

أحدهما : (أنهم)[4] يكونوا أكفاءهم لأنهم قد كانوا قبل الكثرة والقدرة على انكاح بني أبيهم أكفاء لعشائرهم ، فكذلك بعد الكثرة والقدرة .

والوجه الثاني : لايكونوا أكفاءهم لما قد تميزوا به من فضل الشرف والسابقة ولا " يمتنع[5] أن يكونوا قبل الكثرة أكفاء غير " متميزين[6] وبعد الكثرة " متميزين[7] كما تميزت بنوا هاشم بعد الكثرة وان لم يتميزوا قبل الكثرة ، ثم اختلف أصحابنا في موالي قريش هل يكونوا " أكفاءها[8] في النكاح على

---

(١) آمنة بنت وهب بن عبد مناف بن زهرة . بن كلاب .

(٢) ص " بالقراءة " .

(٣) ساقط من "ص" .

(٤) ساقط من " ص " .

(٥) ط " يمنع " .

(٦) ط " مميزين " .

(٧) ط " مميزين " .

(٨) ط " أكفاء " .

وجهين من اختلاف الوجهين في موالي " ذوي "[1] القربى هل يشاركونهم في سهمهم من الخمس فهذا الكلام في قريش .

" فاما "[2] سائر العرب سوى قريش فهم على اختلاف أصحابنا في قريش فعلى قياس قول البصريين أن جميعهم أكفاء من عدنان وقحطان لأن في عدنان سابقة ، وفي قحطان سابقة الأنصار وعلى قياس قول البغداديين ، أنهم يتفاضلون ولا يتكافئون فتفضل مضر في الكفاءة على ربيعة ، ويفضل عدنان على قحطان اعتبارا بالقرب من رسول الله صلى الله عليه وسلم .

وقد سمع عليه السلام رجلا ينشد :

اني امرؤ حميرى حين تنسبني .·. لا من ربيعة آبائي ولا مضر

فقال عليه السلام : " ذاك أهون لقدرك وأبعد لك من الله "[3]

فلو تقدمت قبيلة من العرب على غيرها فان كان ذلك لمأثرة في الجاهلية أو لكثرة عدد كانوا وغيرهم من العرب أكفاء فان كان لسابقة في الاسلام كان على الوجهين المحتملين .

" وأما "[4] سائر العجم فعلى قياس قول البصريين أن جميعهم أكفاء الفرس منهم ، والنبط ،[5] والترك ، والقبط ،[6] وعلى قياس قول البغداديين أنهم يتفاضلون في الكفاءة فالفرس أفضل من النبط لقول النبي

---

(١) ط " ذي " .

(٢) ط " وأما " .

(٣) لم أجده .

(٤) ط " فاما " .

(٥) انظر معناه صفحة (٤١٣) .

(٦) القبط هم ~~أهل~~ نصارى مصر ، انظر : مختار الصحاح صفحة (٥١٩) المصباح المنير (٢/١٤٥)

صلى الله عليه وسلم : " لو كان الدين معلقا بالثريا لتناوله قوم من أبناء فارس ".(١)

وبنوا اسرائيل (٢) أفضل من القبط الذين سلفهم وكثرة الأنبياء فيهم .

---

(١) بهذا اللفظ رواه الطبراني وفيه محمد بن الحجاج اللخمي وهو كذاب كما في مجمع الزوائد : (١٠ / ٦٥).
وأخرجه الامام أحمد في مسنده : (٢ / ٢٩٦ - ٢٩٧) ، وابن حبان في صحيحه كما في الموارد صفحة (٥٧٤) بلفظ :" لو كان العلم بالثريا لتناوله أناس من أبناء فارس".
ورواه أبو يعلى والبزار والطبراني بلفظ : " لو كان الايمان بالثريا لناله رجال من أبناء فارس" قال في مجمع الزوائد : (١٠/ ٦٤ - ٦٥) ورجاله رجال الصحيح .
وأخرجه الترمذى : (٥ / ٣٨٤) عن أبى هريرة قال : قال ناس من أصحاب رسول الله يارسول الله من هؤلاء الذين ذكر الله ان تولينا استبدلوا بنا ثم لايكونوا أمثالنا قال وكان سلمان بجنب رسول الله فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم فخذ سلمان وقال هذا وأصحابه والذى نفسي بيده لو كان الايمان منوطا بالثريا لتناوله رجال من فارس "
وفي رواية للترمذى فوضع يده على سلمان فقال والذى نفسي بيده لو كان الايمان بالثريا لتناوله رجال من هؤلاء " قال الترمذي حديث حسن ، وقد روى من غير وجه " أهـ.

(٢) اسرائيل هو يعقوب بن اسحق بن ابراهيم عليه السلام .
قال القرطبي في تفسيره : (١ / ٣٣٠) وليس في الأنبياء من له اسمان غيره الا نبينا صلى الله عليه وسلم فله أسماء كثيرة " أهـ .

فعلى هذا لو كان لقوم من الفرس شرف على غيرهم نظر فان كان " لملك "[1] قبل الاسلام أو مأثرة تقدمت لم يتقدموا (به)[2] في الكفاءة على غيرهم وان " كان "[3] لسابقة في الاسلام احتمل ماذكرناه من الوجهين المحتملين .

* فصل *

" وأما "[4] الشرط الثالث[5] " وهو "[6] الحرية فلقوله تعالى : (ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلاً عَبْدًا مَمْلُوكًا لاَيَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ وَمَنْ رَزَقْنَاهُ مِنَّا رِزْقًا حَسَنًا فَهُوَ يُنْفِقُ مِنْهُ سِرًّا وَجَهْرًا هَلْ يَسْتَوُونَ الْحَمْدُ لِلَّهِ بَلْ أَكْثَرُهُمْ لاَيَعْلَمُونَ)[7] .

فمنع من المساواة بين الحر والعبد ولأن النبي صلى الله عليه (وسلم)[8] قال : " المؤمنون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم "[9] .

---

(١) ط " بملك " .

(٢) ساقط من " ط " .

(٣) ط " كانوا " .

(٤) ط " فأما " .

(٥) من شروط الكفاءة المعتبرة في النكاح .

(٦) ط " وهي " .

(٧) سورة النحل ،الآية (٧٥) .

(٨) ساقط من " ص " .

(٩) رواه أبو داود : (٤ / ٦٦٧-٦٦٨) ،والنسائي : (٨ / ٢١) ، وابن ماجة : (٢ / ٨٩٥) ،وأحمد في المسند : (١ / ١٢٢) ، والبيهقي : (٨ / ٢٩) ، وابن الجارود في المنتقى صفحة (٣٥٩) ، لفظ أبي داود عن الحسن عن قيس بن عباد قال انطلقت أنا والأشتر الى علي عليه السلام فقلنا هل عهد اليك رسول الله ===

يعني عبيدهم " فجعل[١] العبيد أدنى من الأحرار ، ولأن الرق يمنع من الملك وكمال التصرف ويوقع الحجر للسيد وكان النقص به أعظم من نقص النسب .

واذا كان كذلك لم يكن العبد كفوا لحرة ولا الأمة كفوا لحر وكذلك لا يكون المدبر ولا المكاتب ولا المعتق نصفه ولا من فيه جزء من الرق " وان[٢] قل كفوا لحرة ، ولا تكون المدبرة " ولا المكاتبة[٣] ولا أم الولد ولا المعتقة " نصفها[٤] ولا من فيها جزء من الرق وان قل كفوا لحر " واختلف[٥] هل يكون العبد كفوا لمن عتق بعضها ورق بعضها أم (لا[٦]) على وجهين :

=== شيئا لم يعهده الى الناس عامة قال لا الا ما في كتابي هذا فأخرج كتابا من قراب سيفه فاذا فيه المؤمنون تكافأ دماؤهم وهم يد على من سواهم ويسعى بذمتهم أدناهم ألا لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد في عهده من أحدث حدثا فعلى نفسه ومن أحدث حدثا أو آوى محدثا فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين " .

قال في الارواء : (٧ / ٢٦٥) صحيح .

(١) ط " فيجعل " .

(٢) ط " فان " .

(٣) ص " والمكاتبة " .

(٤) ط " نصفه " .

(٥) ص " ولكن اختلف " .

(٦) ساقط من " ط " .

أحدهما : لاتكون كفوا لأن لبعض الحرية فضلا .

والوجه الثاني : تكون كفوا لأن من لم تكمل حريته فأحكام الرق عليه أغلب ولأنه لما لم يكن من عتق بعضه كفوا للحر تغليبا للرق صار كفوا للعبد .

فعلى الوجه الأول لايكون من ثلثه حر كفوا لمن نصفه حر حتى "يتساوى"(١) مافيهما من حرية ورق .

وعلى الوجه الثاني يكونان كفوين " وان(٢) يفاضل باقيهما من حرية ورق .

فأما المولى " فان(٣) كان قد جرى عليه رق قبل العتق لم يكن كفوا لحرة الأصل ، وان لم يجر عليه رق لكونه ابن عتيق من رق فهل يكون كفوا لحرة الأصل على وجهين بناء على اختلاف الوجهين (في موالي(٤)) كل قبيلة هل يكونوا " أكفاءها(٥) في النكاح ،

فان قيل : يكونوا أكفاءها صار المولى كفوا للحرة الأصل .

(وان قيل : لايكونوا أكفاء لم يصر المولى كفوا للحرة الأصل)(٦).

وعلى هذين الوجهين اذا كان أحدهما مولى لعربي والآخر مولى لقبطى

---

(١) ص " يتساووا " ط " يتساويا " والمثبت هو الصواب .

(٢) ص " مكرر " .

(٣) ط " وان " .

(٤) ساقط من " ط " .

(٥) ط " أكفاء " .

(٦) من قوله : " وان قيل لايكونوا أكفاء " ساقط من " ط " .

فان قيل مولى القبيلة كفوا لها في النكاح لم يكن مولى النهطي كفـوا لمولى العربي .

وان قيل لايكون كفوا لها كان مولى النهطى كفوا لمولى العربـي .

* فصـل *

واما الشـرط الرابع وهو المكسـب ، " فان [1] الناس يتفاضلون بـه قال الله تعالى : (فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَكُمْ عَلَى بَعْضٍ فِي الرِّزْقِ) [2] وفيـه تأويلان :

أحدهما : أنه فضل بعضهم على بعض في قدر الرزق ، فبعضهم موسع عليه وبعضهم مضيق عليه .

والثاني : أنه فضل بعضهم على بعض في أسباب الرزق فبعضهم يصل اليـه بعز ودعة وبعضهم يصل اليه بذل ومشـقة .

وفي قوله تعالى : (فَإِنَّ لَهُ مَعِيشَـةً ضَنْكًا) [3] تأويلات :

أحدها : انه الرزق الضـيق .

والثاني : أنه الكسب الحـرام .

والثالث: انه انفاق مالا يوقـن بالخلف . [4]

---

(١) ط " فلأن " .

(٢) سورة النحل ، الآية (٧١) .

(٣) سورة طـه ،الآية (١٢٤) .

(٤) وهناك تأويلات أخرى للآية تدور حول عذاب القبر والشـقاء أو العمل السيئ والرزق الخبيث " .
انظر: الدر المنثور: (٥ / ٧٠٦) .

والمكاسب تكون في العرف المألوف من أربع جهات ، بالزراعات ، والتجارات ، والصناعات ، والحمايات .

ولكل واحد منهما رتب متفاضله ، " وكل[1] واحد منهما يفضل على غيره بحسب اختلاف البلدان والأزمان " فان[2] في بعض البلدان التجارات (أفضل)[3] وفي بعضها الزراعات أفضل ، وفي بعض الأزمان حماة الأجناد أقل ، فلأجل ذلك لم يمكن أن يفضل بعضها في عموم البلدان والأزمان وانما " يراعى[4] " فيها العرف والعادة والأفضل منها في الجملة ماانحفظت به أربعة شروط أن لا يكون متبذلا[5] ، كالحائك ولا مستخبث الكسب كالحجام ولا ساقط المروة كالحمال ولا " مستذلا[6] " كالأجير فمن انحفظت عليه في مكاسبه هذه الشروط الأربعة لم يكافئه في النكاح من أخل بها من حجام وكناس وحائك " والعرف[7] " في اعتبار هذه الشروط الأربعة هو الحكم .

---

(١) ط " ولكل " .

(٢) ص " وان " .

(٣) ساقط من " ص " .

(٤) ص " يراعا " .

(٥) التبذل : ترك التصاون وابتذال الثوب وغيره امتهانه " . مختار الصحاح صفحة (٤٥) .

(٦) ص " متبذلا " .

(٧) ط " فالعرف " .

* فصـــــل *

واما الشـرط الخامس وهو المال فلقوله صلى الله عليه (وســـلم)[1] تنكح المرأة لأربع لمالها[2]

ولما روى عنه صلى الله عليه (وسـلم)[3] أنه قال: "ان أحسـاب أهل الدنيا هذا المال"[4] وقد قيل في تأويل قوله تعالى: (وَإِنَّهُ لِحُبِّ الْخَيْرِ لَشَدِيدٌ)[5] يعني المال[6].

واذا كان كذلك فان كانوا من أهـل الأمصار الذين يتفاخرون ويتكاثرون بالأموال دون الأنسـاب فالمال فيهم معتبر في شـروط الكفاءة " وان[7] كانوا من (أهـل)[8] البوادى وعشـائر القرى (الذين)[9] يتفاخـــرون ويتكاثرون بالأنساب دون الأموال ففي اعتبار المال في شروط الكفاءة بينهـــم وجهان:

---

(١) ساقط من "ص".

(٢) تقدم تخريجه صفحة (٤٢٣) وتمامه: "وحسبها ودينها وجمالهـــا فاظفر بذات الدين تربت يداك".

(٣) ساقط من "ص".

(٤) روا أحمد في مسنده: (٥ / ٣٦١)، والنسائي: (٦ / ٦٤)، والبيهقي: (٧/١٣٥)، وابن حبان في صحيحه كما في الموارد صفحة: (٣٠٣)، والحاكم في المستدرك (٢/١٦٣) وصححه ووافقه الذهبي وحســـنه الألباني كما في الجامع الصحيح: (٢ / ٤٢).

(٥) سورة العاديات، الآية (٧).

(٦) ومنه قوله تعالى من سورة البقرة، آية (١٨٠) "إِنْ تَرَكَ خَيْرًا". انظر القرطبي: (٢٠/١٦٢).

(٧) ط "فان".

(٨) ساقط من "ص".

(٩) ساقط من "ص".

أحدهما : أنه شرط معتبر كأهل الأمصار لما فيه من القدرة على أمور الدنيا .

والوجه الثاني : أنه ليس بشرط معتبر لأنه يزول فيفتقر الغنى ويستغنى الفقير .[١]

وقد روى عن النبي صلى الله عليه (وسلم)[٢] أنه قال : خير الناس مؤمن " مزهد "[٣] يعني مقلا ليس له الا مايزهد فيه لقلته .

وروى عنه صلى الله عليه (وسلم)[٤] أنه قال : " خير أمتي الذين لم يوسع عليهم حتى " يبطروا "[٥] ولم يقتر عليهم حتى يسألوا[٦] ثم

---

(١) سبق صفحة (٤٣٥) أن المال ليس معتبرا في الكفاءة على الراجح .

(٢) ساقط من " ص " .

(٣) ط " من هذه " ، والحديث لم أجده بهذا اللفظ ، وقد أخرج الديلمى في مسند الفردوس مرفوعا : خير الناس فقير يعطي جهده ، وأورده السيوطى في الجامع الصغير ورمز له بالحسن وضعفه العراقي ، وقال الألباني موضوع .
وفي رواية له : " اذا أراد الله بعبد خيرا زهده في الدنيا " قال العراقي ضعيف " أهـ
انظر: تخريج مافي الاحياء من الأخبار : (٤ / ١٩٣ - ٢٢٣) ، الجامع الصغير للسيوطى : (٣ / ٤٨١) ، ضعيف الجامع للألباني : (٣ / ١٣٦) .

(٤) ساقط من " ص " .

(٥) ط " لم يبطروا " .

(٦) أورده السيوطي في الجامع الصغير : (٣ / ٤٨٣) بلفظ : " خير أمتي الذين لم يعطوا فيبطروا ولم يمنعوا فيسألوا " ورمز له بالحسن وضعفه الألباني في ضعيف الجامع : (٣/١٣٦) .

اذا جعل المال شرطا في الكفاءة فليس التماثل في قدره معتبرا حتى لا يكافئ من ملك الف دينار الا من ملك مثلها ولكن أن يكونا موصوفين " بالغنى "[1] فيصيرا كفوين وان كان أحدهما أكثر مالا ولا يعتبر فيه أيضا التماثل في أجناس المال بل اذا كان مال أحدهما ناضا ،[2] ومال الآخر عقارا أو عروضا كانا كفوين (والله أعلم)[3].

* فصل *

وأما الشرط السادس وهو السن فما لم يختلفا في طرفيه فهو غير معتبر في الكفاءة فيكون الحدث ،[4] كفوا للشاب والشاب كفوا للكهل ،[5] والكهل كفوا للشيخ.[6]

---

(١) في النسختين الغناء بالمد والمثبت هو الصواب كما تقدم صفحة (٦٨)

(٢) قال في المصباح صفحة (٨٠) ،وأهل الحجاز يسمون الدراهم والدنانير نضا وناضا .
قال أبو عبيد : انما يسمونه ناضا اذا تحول عينا بعد أن كان متاعا لأنه يقال مانض بيدى شئ : أى ماحصل " أهـ

(٣) ساقط من " ص " .

(٤) يقال لكل فتى من الناس والدواب والابل حدث " كذا في اللسان : (٢ / ١٣٢).

(٥) قال الثعالبى الكهل هو بمنزلة النَّصَف من النساء " ، وقال في اللسان : الكهل من الرجال الذى جاوز الثلاثين ووخطه الشيب " انظر: فقه اللغة صفحة (٤٥) ،لسان العرب : (١١ / ٦٠٠)

(٦) الشيخ كما في اللسان : (٣ / ٣١) الذى استبانت فيه السن وظهر عليه الشيب وقيل هو شيخ من خمسين الى الثمانين " أهـ

ولكن اذا اختلفا في طرفيه فكان أحدهما أول سنه كالغلام والجارية " والآخر (١) في غاية سنه كالشيخ والعجوز ففى اعتباره في الكفاءة وجهان :

أحدهما : أنه شرط معتبر فلايكون الشيخ كفؤا للطفلة ولا العجوز كفؤا للطفل لما بينهما من التنافي والتباين فانه مع غايات السن تقل الرغبة ويعدم المقصود بالزوجية .

والوجه الثاني : أنه غير معتبر لأنه قد يطول عمر الكبير ويقصر عمر الصغير وربما قدر الكبير من مقصود النكاح على مايعجز عنه الصغير ولأن مع نقص الكبر فضلا لايوجد في الصغير .

* فصل *

فاما الشرط السابع وهو السلامة من العيوب فهي العيوب التي يرد بها عقد النكاح " وهي (٢) خمسة يشترك الرجال والنساء في ثلاثة : (وهي الجنون ، والجذام ، والبرص ، ويختص بالرجال) (٣) منها " باثنين (٤) هما : الجب (٥) ، والخصاء (٦) ، وفي مقابلتهما من النساء

---

(١) ص " والأخرى " .

(٢) ط " وهو " .

(٣) ساقط من " ط " .

(٤) في النسختين " بثنين " .

(٥) الجب : بفتح الجيم وتشديد الباء هو قطع الذكر أو بعضه والباقي دون الخشفة . انظر : اعانة الطالبين : ٣/ ٣٣٥ ، تحفة الطلاب مع حاشية الشرقاوى : (٢/ ٢٥٣) .

(٦) خصيت الفحل خصاء بالكسر والمد اذا سللت خصيته والرجل خصى " أهـ وقيل هو رض الانثيين فيعجز عن الجماع لذلك . انظر : مختار الصحاح : ص (١٧٨) .

القرن ، والرتق ،[١] وانما اعتبر هذه العيوب الخمسة في الكفاءة لأنه لما أوجب وجودها فسخ النكاح الذى لايوجب نقص النسب فأولى أن تكون " معتبرة[٢] في الكفاءة كالنسب .

فاما العيوب التى توجب (الفسخ)[٣] وتنفر منها النفس " كالعمى[٤] والقطع والزمانة :[٥] وتشويه الصورة ففى اعتبارها في الكفاءة وجهان :

أحدهما : لاتعتبر لعدم تأثيرها في عقود المناكح .

والوجه الثاني : تعتبر لنفور النفس منها ولحصول المعرة ،[٦] بها وقد روى أن النبي صلى الله عليه (وسلم)[٧] قال لزيد بن حارثة[٨] :

---

(١) القرن : هو انسداد محل الجماع بعظم ،
والرتق : بفتحتين هو انسداد محل الجماع للحم " أهـ .
اعانة الطالبين : (٣ / ٣٣٥) .

(٢) ط " معتبرا " .

(٣) ساقط من " ص " .

(٤) في النسختين " كالعماء بالمد : والمثبت هو الصواب قال في المصباح المنير صفحة (٨٢) العماء مثل السحاب وزنا ومعنى .

(٥) هي آفة في الحيوانات ورجل زمن مبتلى بالزمانة " أهـ
مختار الصحاح صفحة (٢٧٥) .

(٦) المعرة : الأذى .
انظر : لسان العرب : (٥ / ١٨١) .

(٧) ساقط من " ص " .

(٨) تقدمت ترجمته صفحة (١٦١) .

" أتزوجت يازيد قال لا قال تزوج تستعفف مع عفتك ولا تزوج من النساء خمسا قال وماهن يارسول الله قال : " لا تزوج شهبرة ولا لهبره ولا نهبره ولا هيذره ولا لغوتا قال يارسول الله " لا[(١)] أعرف مما قلت شيئا " فقال[(٢)] أما الشهبرة : فالزرقاء البذيئة ، وأما اللهبرة : فالطويلة المهزولة ، وأما النهبرة : فالعجوز المدبرة ، واما الهيذرة : فالقصيرة الذميمة ، وأما اللغوت : فذات الولد من غيرك[(٣)]".

" فلو[(٤)] لم يكن " لهذه[(٥)] الأحوال ونظائرها " تأثير[(٦)] في الكفاءة لما أمر " بالتحرز[(٧)] منها

* فصل *

فاذا تقرر ماوصفنا من شروط الكفاءة ونكحت المرأة غير كفء لم يخل نكاحها من ثلاثة أقسام:

أحدها : أن تكون قد رضيته الزوجة وكرهته الأولياء فالنكاح باطل على ماقدمناه اعتبارا بحقوق الأولياء فيه.

---

(١) ط " ما ".

(٢) ط " قال ".

(٣) هذا الحديث ذكره ابن الأثير في النهاية (٢/ ٥١٢) ،والزمخشرى في الفائق : (٢ / ٢٧٢) ولم أجد له سندا.

(٤) ص" ولو ".

(٥) ط " لذات ".

(٦) ص " أثرا ".

(٧) ط " بالتحرى ".

والقسم الثاني : أن يكون قد رضيه الأولياء وكرهته الزوجة فالنكاح باطل اعتبارا " بحقها "[١] فيه حتى لا يعرها من لا يكفائها .

والقسم الثالث: أن يكون قد رضيته الزوجة والأولياء فالنكاح جائز ، وقال مالك وعبدالملك الماجشون[٢] : النكاح باطل[٣] .

وقال الثوري[٤] : يفسخ النكاح بينهما ولا يفرق .

وحكي نحوه عن أحمد بن حنبل،[٥] استدلالا بما روى عن

---

(١) ص" بحقه " .

(٢) هو عبدالملك بن عبدالعزيز بن عبدالله بن أبي سلمة الماجشون التيمي مولاهم أبو مروان المدني الفقيه مفتي أهل المدينة ذكره ابن حبان في الثقات ، وقال ابن حجر صدوق له أغلاط قال ابن عبدالبر : كان فقيها فصيحا دارت عليه الفتيا وعلى أبيه قبله وهو فقيه ابن فقيه.
ومعنى المجاشون : الأبيض المشرب بحمره .
انظر: وفيات الأعيان : (٣ / ١٦٦) ، تهذيب التهذيب : (٦ / ٤٠٧) ، تقريب صفحة: (٢١٩) .

(٣) المعتمد عند المالكية أن النكاح صحيح .
انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : (٢ / ٢٤٩) .

(٤) تقدمت ترجمته صفحة (٢١٤) .

(٥) اختلفت الرواية عن أحمد في اشتراط الكفاءة لصحة النكاح فروى عنه أنها شرط لصحته ، والرواية الثانية : انها ليست بشرط في النكاح ورجحها ابن قدامة .
انظر: المغني : (٧ / ٣٣ - ٣٤) ، الكافي : (٣ / ٣٠) .

النبي صلى الله عليه (وسلم)[1] أنه قال : " لا تنكحوا النساء " الا الاكفاء[2] ، ولا يزوجهن الا الأولياء[3] فلما منع من انكاح غير الكفء كما منع من " انكاح[4] " غير الولي دل على بطلانه لغير الكفء كما بطل بغير الولي .

وبما روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال : " لا يملك الابضاع الا الأكفاء[5] ".

ودليلنا عموم قوله تعالى : (فَأَنْكِحُوا مَاطَابَ لَكُم مِنَ النِّسَاءِ)[6] ولأن النبي صلى الله عليه (وسلم)[7] قد زوج بناته ولاكفء لهم من قريب ولا بعيد لأنهن أصل الشرف " فزوج[8] " فاطمة بعلي[9] ، وزوج أم كلثوم ، ورقية بعثمان[10] ، وزوج زينب بأبي العاص بن الربيع[11] ، وقد روى أن النبي صلى الله عليه (وسلم)[12] قال لفاطمة بنت قيس المخزومية ، وهي بنت عمته

---

(١) ساقط من " ص " .

(٢) ط " الا أكفاء " .

(٣) تقدم تخريجه صفحة (٤٣٠) .

(٤) ص " نكاح " .

(٥) لم أجد هذا الأثر .

(٦) سورة النساء ، الآية (٣) .

(٧) ساقط من " ص " .

(٨) ص " وقد زوج " .

(٩) تقدمت ترجمتها صفحة (١٣١) .

(١٠) تقدمت ترجمتهم صفحة (١٣٠-١٢٩) .

(١١) تقدمت ترجمتهما صفحة (١٢٨) .

(١٢) ساقط من " ص " .

وقد خطبها معاوية (١)، وأبو جهم (٢)، انكحي أسامة بن زيد (٣)"

---

(١) هو معاوية بن أبي سفيان صخر بن حرب بن أمية بن عبد شمس القرشي الأموي جعله الرسول صلى الله عليه وسلم من كتاب الوحي .

وعن العرباض بن سارية السلمي قال سمعت رسول الله وهو يدعونا الى السحور في شهر رمضان قال هلموا الى الغداء المبارك ثم سمعته يقول اللهم علم معاوية الكتاب والحساب وقه من العذاب" قال الهيثمي رواه البزار وأحمد والطبراني وفيه الحارث بن زياد لم أجد من وثقه وبقية رجاله ثقات ، وفي بعضهم خلاف ، وقال وصي الله بن محمد بن عباس: حسن لغيره .

ولما ولي أبو بكر رضى الله عنه ولاه قيادة جيش تحت امرة أخيه يزيد ولما ولى عمر جعله واليا على الاردن ولما تولى عثمان الخلافة جمع له الديار الشامية كلها فلما وقعت الفتنة الكبرى باستشهاد عثمان ذى النورين وولي علي رضي الله عنه لم يبايعه معاوية ونادى بثأر عثمان فحارب عليا وانتهى الأمر بامامة معاوية في الشام وعلي في العراق ولما استشهد علي وبويع بعده ابنه الحسن سلم الخلافة لمعاوية فاجتمع عليه الناس وسمى ذلك العام عام الجماعة ودامت له الخلافة حتى توفي سنة (٦٠) في دمشق رضى الله عنه .

انظر: أسد الغابة : (٣٨٥/٤) ،الاستيعاب : (٣٩٥/٣) ،الاصابة : (٤٣٣/٣) ،البداية والنهاية : (١٩/٨-١٤٦) ، مجمع الزوائد : (٣٥٤/٩-٣٥٥) ،كتاب فضائل الصحابة : (٢ / ٩١٢) .

(٢) أبو جهم بن حذيفة بن غانم بن عامر بن عبدالله القرشي العدوى ، قال البخارى وجماعة اسمه عامر وقيل عبيدالله بالضم، أسلم عام الفتح وصحب النبي صلى الله عليه وسلم وكان معظما في قريش مقدما فيهم عالما بالنسب وكان من المعمرين حضر بناء الكعبة مرتين حين بنتها قريش وحين بناها ابن الزبير وهو من الأربعة ===

(٣) جزء من حديث سيأتي تخريجه صفحة (٩٤٠) .

وهي من صليبة قريش بنت عمته (زوجها)[1] باسامة بن زيد[2] ، وهو مولاه وزوج " أباه "[3] زيد بن حارثة[4] بزينب بنت جحش[5] ، وهي بنت عمته " أميمه "[6] بنت عبدالمطلب (ثم طلقها[7] ، وتزوجها[8] بعده[*] .

وزوج المقداد بن الأسود الكندي[9] ، بضباعة بنت الزبير

=== الذين تولوا دفن عثمان رضى الله عنهم أجمعين .
انظر: أسد الغابة : (٥ / ١٦٢ - ١٦٣) ، الاصابة : (٤ / ٣٦) .

(١) مابين القوسين زيادة يقتضيها المقام .

(٢) تقدمت ترجمته صفحة (١٣٠٢) .

(٣) ط " أبا زيد " .

(٤) تقدمت ترجمته صفحة (١٦١) .

(٥) تقدمت ترجمتها صفحة(١٥٤) .

(٦) ط " آمنة " .

(٧) زيد بن حارثة .

(٨) النبي صلى الله عليه وسلم ،قال تعالى : (فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا) .

(٩) هو المقداد بن عمرو بن ثعلبة بن مالك بن ربيعة بن ثمامة البهراوي وهذا الأسود الذى ينسب اليه هو الأسود بن عبد يغوث الزهرى وانما نسب اليه لأن المقداد حالفه فتبناه الأسود فنسب اليه وقيل له الكندى لأنه أصاب دما في بهراء فهرب منهم الى كندة فحالفهم ، وكينته أبو معبد وقيل أبو الأسود وهو قديم الاسلام من السابقين ، وشهد أحدا والمشاهد كلها ومناقبه كثيرة " مات سنة ثلاثا وثلاثين ،ودفن بالمدينة .
انظر: أسد الغابة : (٤/ ٤٠٩-٤١٠) ،صفة الصفوة: (١/ ٤٢٣) ، مجمع الزوائد : (٩ / ٣٠٦ - ٣٠٧) .

(*) ط لوحه / ٥٥ .

ابن عبدالمطلب)[١] ، وقال صلى الله عليه (وسلم)[٢]، " انما زوجت زيد بن حارثة بزينب بنت جحش والمقداد بن الأسود بضباعة بنت الزبير لتعلموا أن أشرف الشرف الاسلام[٣]"

وقد زوج أبو بكر الصديق[٤] أخته[٥] بالأشعث بن قيس[٦]، فصار سلف رسول الله صلى الله عليه (وسلم)[٧] وهم عمر بن الخطاب أن يزوج بنته

---

(١) من قوله ثم طلقها ساقط من " ص " .

(٢) ساقط من " ص " .

(٣) أخرج عبدالرزاق في المصنف : (٦ / ١٥٣) عن الشعبي قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أنكحت المقداد وزيدا ليكون أشرفكم عند الله أحسنكم اسلاما " .
وروله البيهقي في السنن : (٧ / ١٣٧) وقال فيه :" أحسنكم خلقا " بدل ،اسلاما " وقال هذا منقطع وفيما قبله كفاية " .

(٤) تقدمت ترجمته صفحة (١١٩) .

(٥) في النسختين بنته ، والتصحيح من الاصابة : (١/ ٥١) .

(٦) تقدمت ترجمته صفحة (١٢٦) وسبب زواجه كما في الاصابة : (١/ ٥١) عن قيس بن أبي حازم قال لما قدم بالأشعث أسيرا على أبي بكر أطلق وثاقه وزوجه أخته فاخترط سيفه ودخل سوق الابل فجعل لا يرى جملا ولا ناقة الا عرقبه فصاح الناس كفر الأشعث فلما فرغ طرح سيفه وقال اني والله ماكفرت ولكن زوجني هذا الرجل أخته ولو كنا في بلادنا كانت الوليمة غير هذه يا أهل المدينة كلوا ويا أصحاب الابل تعالوا خذوا شراءها " أهـ

(٧) ساقط من " ص " .

سلمان الفارسي[1]، فكره ابنه عبدالله[2] ذلك ولقي عمرو بن العاص[3]،

---

(١) سلمان الفارسي أبو عبدالله ويعرف بسلمان الخير أصله من فارس من رام هرمز من قرية يقال لها جي - وتسمى الآن شهرستان ويقال بل أصله من أصبهان كان رضي الله عنه اذا قيل له ابن من أنت قال أنا سلمان ابن الاسلام من بني آدم ، وكان سافر مع قوم يطلب الدين فغدوا به فباعوه من اليهود ثم كوتب فأعانه النبي صلى الله عليه وسلم في كتابه ، أسلم عند مقدم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة ومنعه الرق من شهود بدر وأحد وأول غزاة غزاها مع رسول الله الخندق وشهد مابعدها ، توفي سنة خمس وثلاثين .
انظر: الاستيعاب : (٢ / ٥٦ - ٦١) ، صفة الصفوة : (١ / ٥٢٣ - ٥٢٤) ، مجمع الزوائد : (٩ / ٣٤٤) .

(٢) تقدمت ترجمته صفحة (٢١٣) .

(٣) هو عمرو بن العاص بن وائل بن هاشم القرشي السهمي أمير مصر يكنى أبا عبدالله وأبا محمد أسلم قبل الفتح وكان النبي صلى الله عليه وسلم يقربه ويدنيه لمعرفته وشجاعته وهو أحد دهاة العرب قال الشعبي واما عمرو فللمعضلات : وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ابنا العاص مؤمنان وعمرو بن العاص في الجنة " صححه الهيثمي ، وكان رضي الله عنه شديد الحياء من رسول الله لا يرفع طرفه اليه ، عن الشعبي عن قبيصة بن جابر قال صحبت عمرو بن العاص فما رأيت رجلا أبين قرآنا ولا أكرم خلقا ولا أشبه سريرة بعلانية منه : ومناقبه كثيرة ، مات رضي الله عنه سنة اثنتين وأربعين . انظر: الاصابة : (٣ / ٢) ، مجمع الزوائد : (٩ / ٣٥٠-٣٥٤) ، أسد الغابة : (٤ / ١١٥) .

فشكا اليه فقال سأكفيك ولقي سلمان " فقال[١] هنيئا لك ان أميرالمؤمنين قد عزم أن يزوجك " بنته "[٢] ليتواضع بك فقال أني يتواضع والله لا تزوجتها[٣] .

ولأن الكفاءة معتبرة في الرجل والمرأة فلما صح النكاح اذا تزوج الرجل بامرأة لا تكافئه صح النكاح اذا تزوجت المرأة برجل لا يكافئها " فاما "[٤] الاستدلال بالخبر والأثر فمحمولان على أحد وجهين .

أما على الاستحباب دون الايجاب ، أو يحمل على نكاح الأب للبكر التي يجبرها والله أعلم .

---

(١) ط " وقال " .

(٢) في النسختين " كريمته " ، والمثبت هو الصواب .

(٣) ذكر هذه القصة صاحب الروض النضير (٤ / ٢٦٤) باختصار .

(٤) ط " وأما " .

* مســـــألة *

قال الشافعي (رضى الله عنه)[١] " وليس نقص المهر نقصا في النسب، والمهر لها دونهم فهي أولى به منهم "[٢] (وهذا صحيح)[٣] اذا رضيت المرأة أن تنكح نفسها بأقل من مهر مثلها لم يكن للأولياء أن يعترضوا عليها فيه ولا أن يمنعوها من النكاح لنقصه ،فان منعوها صار المانع لهـا عاضلا وزوجها الحاكم وبه قال مالك وأبو يوسف ومحمد[٤].

وقال أبو حنيفة للأولياء الاعتراض عليها في نقص المهر ولا يصيروا عضـلة بمنعها منه وان نكحت فلهم فسخ نكاحها الا أن يكمل لها مهر مثلهـا[٥].

استدلالا بقوله صلى الله عليه (وسلم)[٦] " أدوا العلائق قيل يارسول اللـه وماالعلائـق قال ماتراضى به الأهلـون "[٧].

---

(١) ساقط من " ص " .

(٢) انظر مختصر المزني صفحة (١٦٥) .

(٣) ساقط من " ص" .

(٤) انظر: بداية المجتهد : (٢ / ١٥) ، حاشية الدسوقي علـــى الشرح الكبير: (٢ / ٣١٢) ، المبسوط للسرخسي : (٥/١٣-١٤) .

(٥) المبسوط للسرخسي : (٥ / ١٣-١٤) .

(٦) ساقط من " ص" .

(٧) أخرجه الدارقطني : (٣ / ٢٤٤) ، وابن أبي شـيبة : (٤/ ١٨٦) والبيهقي في السنن : (٧/ ٢٣٩) من حديث ابن عباس مرفوعا . " انكحوا الأيامى وأدوا العلائق " الحديث : وزاد فيه " ولو بقضيب من أراك " قال في تلخيص الحبير : (٣ / ١٩٠) اسناده ضعيف جدا فانه من رواية محمد بن عبد الرحمن البيلماني عـــن أبيـــه وضعفه الزيلعي في نصب الراية : (٣/ ٢٠٠) . قال البخاري في الضعفاء الصغير صفحة (٢١٣) محمد بن عبد الرحمـن البيلماني منكر الحديث " أهـ.

===

فلما كان قوله أدوا العلائق خطابا للأزواج كان قوله ما " تراضى[١]" به الأهلون اشارة الى الأولياء .

ولأن عقد النكاح " يشتمل[٢] على بدلين هما البضع والمهر فلما كان للأولياء الاعتراض في بضعها أن تضعه في غير كفء كان لهم الاعتراض في مهرها أن ينكحها بأقل من مهر المثل ويتحرر منه قياسان:

أحدهما : أنه أحد بدلي عقد النكاح فجاز للأولياء[*] (الاعتراض فيه كالبضع .

والثاني : أن مااعترض به الأولياء)[٣] في نكاح الصغيرة اعترضوا به في نكاح الكبيرة كالكفارة .

ولأن في بعض المهر عارا على الأهل لجهرهم بكثيره واخفائهم لقليله فصار دخول العار عليهم في نقصانه كدخوله عليهم في نكاح غير كفء فكان لهم دفع هذا العار عنهم بالمنع منه .

ولأن في نقصان مهرها ضررا لاحقا بنساء أمثلها عند اعتبار مهور أمثالهن بها وقد قال رسول الله صلى الله عليه (وسلم)[٤] :" لا ضرر ولا ضرار[٥]" .

=== وأخرجه البيهقي : (٧/ ٢٣٩) عن عمر بن الخطاب ،وقال هذا ليس بمحفوظ "أهـ

(١) في النسختين " تراضا " .

(٢) ص" يشمل ".

(٣) من قوله الاعتراض فيه ساقط من " ط " .

(٤) ساقط من " ص" .

(٥) أخرجه مالك في الموطأ : (٢/ ٧٤٥) مرسلا ، وابن ماجة : (٢ / ٧٨٤) موصولا عن اسحق بن الوليد عن عبادة بن الصامت قال البوصيري في الزوائد : (٣ / ٤٨) هذا اسناد رجاله ثقات الا أنه منقطع ، لأن اسحق بن الوليد لم يدرك عبادة كما قاله ===

(*) ص لوحه / ٨٠ .

ودليلنا رواية عاصم بن عبيد الله (١) ، ......

=== الترمذى وابن عدى ، ورواه من وجه آخر من حديث ابن عباس وفيه جابر الجعفى قد اتهم " أهـ

ورواه البيهقى في السنن : (٦ / ٦٩ - ٧٠) ، والحاكم في المستدرك : (٢ / ٥٧ - ٥٨) ، وزاد فيه " ومن ضار ضاره الله ومن شاق شاق الله عليه " ، وقال صحيح الاسناد على شرط مسلم ووافقه الذهبي ، وحسنه النووى في الأربعين النووية صفحة (٥٣) ، وقال له طرق يقوى بعضها بعضا .

وقال الألباني في سلسلة الأحاديث الصحيحة : (١ / ٤٤٣) صحيح ورد مرسلا وروى موصولا عن أبى سعيد الخدرى وابن عباس وعبادة بن الصامت وعائشة وأبى هريرة وجابر بن عبد الله وثعلبة بن مالك " أهـ

وقوله : " لاضرر " أى لا يضر أحد أخاه فينقصه شيئا من حقه " والضرار من الاثنين بأن يضر أحدهما صاحبه .

فالأول الحاق مفسدة بالغير مطلقا ، والثاني الحاقها به على وجه المقابلة : أى كل منهما يقصد ضرر صاحبه " .

(١) في النسختين عاصم بن عبد الله ، والتصحيح من مسند أحمد : (٣ / ٤٤٥) ، والترمذى : (٣ / ٤٢٠) ، وميزان الاعتدال : (٢ / ٣٥٤) .

وهو عاصم بن عبيد الله بن عاصم بن عمر بن الخطاب العدوى ضعيف قال عفان سمعت شعبة يقول كان عاصم لو قيل له من بنى مسجد البصرة لقال فلان عن فلان عن النبي صلى الله عليه وسلم ، مات سنة اثنتين وثلاثين ومائة .

انظر: ميزان الاعتدال : (٢ / ٣٥٤) ، تهذيب التهذيب: (٥ / ٤٦-٤٧) تقريب صفحة : (١٥٩) .

عن عبدالله بن عامر بن ربيعة[1] عن أبيه[2] " ان امرأة تزوجت على نعلين فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أرضيت من نفسك ومالك بهاتين النعلين قالت نعم فأجازه "[3] ومن هذا الحديث دليلان:

أحدهما : انه اعتبر رضاها دون الأولياء .

والثاني : لم يسأل هل ذلك مهر مثلها ، فدل على أن نقصان المهر ورضى الأولياء غير معتبرين ، ولأن ماملكت الابراء منه ملكت تقديره كالأثمان ، ولأن ماثبت لها في الأثمان ثبت لها في " المهر "[4] كالابراء .

---

(١) عبدالله بن عامر بن ربيعة العنزى أبو محمد المدني حليف بني عدى ولد في عهد النبي صلى الله عليه وسلم ، وكان ثقة قيل أنه رأى النبي لما دخل على أمه وهو صغير ، مات سنة بضع وثمانين .
انظر : تاريخ الثقات للعجلي صفحة (٢٦٣) ، تهذيب التهذيب: (٥ / ٢٧٠ - ٢٧١) ، تقريب صفحة : (١٧٨) .

(٢) ربيعة العنزى قال في التقريب صفحة (١٧٨) له صحبة مشهورة ".

(٣) أخرجه أحمد في المسند : (٣ / ٤٤٥) ، وابن ماجة : (١ / ٦٠٨) ، والبيهقى : (٧ / ٢٣٩) ، وعقبه بقوله عاصم بن عبيدالله تكلموا فيه " .
ورواه الترمذى : (٣ / ٤٢٠) وقال حسن صحيح ، قال ابن حجر في بلوغ المرام صفحة (١٩١) ، وخولف في ذلك ، وضعفه الألباني في الارواء : (٦ / ٣٤٦) .
قلت : عاصم بن عبيدالله ضعفه ابن حجر والذهبي : انظر: ميزان الاعتدال : (٢ / ٣٥٣) ، تقريب صفحة (١٥٩) .

(٤) ص" المهور ".

ولأن ثبوت الولاية عليها في بضع لا يوجب ثبوت الولاية عليها في بدله أصله مهر أمتها ، ولأن لها منفعتين منفعة استخدام ومنفعة استمتاع فلما لم يملك الأولياء الاعتراض عليها في الاستخدام اذا أجر نفسها بأقل من أجرة مثلها لم يملكوا الاعتراض "في"(١) الاستمتاع اذا "زوجت"(٢) نفسها بأقل من مهر مثلها وتحريره قياسا أنه أحد المنفعتين فلم يملك "أولياؤها"(٣) مع جواز أمرها الاعتراض عليها "في"(٤) بدله كالاجارة ولأن وجوب المهر قد يكون تارة عن اختيار ومراضاة وذلك في العقود وتارة "عن"(٥) غير اختيار ومراضاة وذلك في اصابة الشبهة وماشاكله فلما ملكت تحقيقه اذا وجب بغير اختيارها فأولى أن تملك تحقيقه اذا وجب باختيارها لأنه مع الاختيار أخف ومع عدمه أغلظ .

ولأن "مايلحق"(٦) الأولياء من العار اذا نكحت بأخس "الأموال"(٧) جنسا كالنوى وقشور الرمان أكثر مما يلحقهم اذا نكحت بأقل المهور قدرا فلما لم يكن للأولياء الاعتراض عليها (في خسة الجنس لم يكن لهم الاعتراض عليها)(٨) في نقصان القدر .

---

(١) ط "و" .

(٢) ط "أجرحت" .

(٣) ط "أولياءها" .

(٤) ط "من" .

(٥) ط "من" .

(٦) ط "مالا يلحق" .

(٧) ط "الأحوال" .

(٨) ساقط من "ط" .

فأما الجواب عن قوله صلى الله عليه (وسلم)[1] " أدوا العلائق[2] " فهو (أنه)[3] أمر الأزواج بأداء العلائق .

وقوله : " ان العلائق ماتراضى به الأهلون " يعنى أهل العلائق وأهلوها " هم[4] الزوجات دون الأولياء (فكان الخبر دليلا)[5] على أبي حنيفة لا له .

واما قياسه على البضع .

فالجواب عنه أن الأولياء انما ملكوا الاعتراض فيه لما فيه من نقص النسب ودخول العار على الأهل والولد وليس في تخفيف المهر عار كما لم يكن في اسقاطه عار ، وهو دليل الشافعي وفيه جواب عن الاستدلال .

وأما الاستدلال بدخول الضرر على نساء العصبات فلو كان لهذا المعنى يستحق الاعتراض فيه لا استحقه النساء اللاتى يدخل عليهن الضرر دون الأولياء ولا اشترك فيه القريب والبعيد ولا اعترض عليهن (في)[6] الجنس كالاعتراض في القدر ولكانت ممنوعة من الزيادة فيه كما منعت من النقصان منه فلما فسد الاعتراض بهذه المعاني كان بالنقصان أفسد .

---

(١) ساقط من " ص " .
(٢) جزء من حديث تقدم تخريجه صفحة (٤٦٦) .
(٣) ساقط من " ط " .
(٤) ط " ثم " .
(٥) ساقط من " ط " .
(٦) ساقط من " ط " .

* مسألة *

قال الشافعي (رضى الله عنه)[١] " ولا ولاية لأحد منهم وثم أولى منه "[٢]

وهذا صحيح قد ذكرنا أن أقرب العصبات أحق بالولاية من الأبعد على مامضى من الترتيب ،

وقال مالك : اذا كان الابعد سيد العشيرة كان أحق من الأقرب كالتي لها عم هو سيد "عشيرته"[٣] ولها اخوة فالعم أحق بنكاحها من الأخوة[٤].

استدلالا بأمرين :-

أحدهما : ماروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال :" لاتنكح المرأة الا باذن وليها أوذى الرأى من أهلها أو السلطان[٥]" فجعل ذا الرأى مقدما .

والثاني : أنه بفضل رئاسته أقدر على تخير الأكفاء" وللرغبة[٦]" فيه تعدل اليه الزعماء .

وهذا خطأ واستحقاق الولاية بالقرب أولى من استحقاقها بالرئاسة مع البعد لأمور منها أن رئاسة الأبعد لما لم يستحق بها الولاية

---

(١) ساقط من "ص" .

(٢) انظر: مختصر المزني (١٦٥).

(٣) ط " عشيرتها " .

(٤) انظر: المدونة : ٢ / ١٤٠-١٤٥.

(٥) تقدم تخريج هذا الأثر صفحة (٢٣٤).

(٦) ط " والرغبه " .

مع الأب فكذلك مع كل عصبة هو أقرب ولأنه لما (لم يتقدم بالرئاسة في الولاية على المال لم) [1] " يتقدم [2] " بالرئاسة في الولاية على النكاح ، ولأن ماستحق " بالنسب [3] " (لم) [4] تؤثر فيه الرئاسة " كالميراث [5] " واما [6] " الأثر عن عمر (رضى الله عنه) [7] فهو دليلنا لأنه قدم الولي على ذى الرأى من الأهل ، واما قدرته على تخيير الأكفاء ومايتوجه اليه من رغبة الزعماء فهذا المعنى لا يزول اذا باشر عقدها من هو أقرب منه .

---

(١) ساقط من " ط " .

(٢) ط " يقدم " .

(٣) ص " بالتسليم " .

(٤) ساقط من " ص " .

(٥) ص " غير واضح " .

(٦) ص " فاما " .

(٧) ساقط من " ط " .

* مسألة *

قال الشافعي (رضى الله عنه)[1] " فان[2] كان أولاهم بها مفقودا أو غائبا بعيدة كانت غيبته " أو[3] قريبة زوجها السلطان بعد أن يرضى الخطاب ويحضر أقرب ولاتها وأهل الحزم من أهلها فيقول هل تنقمون شيئا فان ذكروه نظر فيه[4].

وهذا صحيح اذا ثبت أن الولاية يستحقها الأقرب دون الأبعد " وكان[5] الأقرب مفقودا أو غائبا لم تنتقل الولاية عنه الى من هو أبعد .

وقال أبو حنيفة : ان كان الأقرب مفقودا انتقلت الولاية الى من هو أبعد وان كان غائبا معروف المكان " فان[6] كانت غيبته مقطعة انتقلت الولاية الى الأبعد " وان[7] كانت غير منقطعة لم تنتقل[8].

قال محمد بن الحسن[9]: والغيبة المنقطعة من الكوفة الى الرقة وغير المنقطعة من الكوفة الى بغداد[10].

---

(١) ساقط من " ص " .

(٢) ص " وان " .

(٣) ط " أم " .

(٤) انظر : مختصر المزني صفحة (١٦٥) .

(٥) ص " فكان " .

(٦) ص " وان " .

(٧) ط " فان " .

(٨) انظر: المبسوط للسرخسي : (٤/ ٢٢٠) .

(٩) ستأتي ترجمته صفحة (١٠٧٣) .

(١٠) وهي رواية لأبي يوسف وقيل أن الغيبة المنقطعة أن يكون في بلد لاتصل اليها القوافل في السنة الا مرة واحدة ، ===

واستدل على انتقالها بالغيبة الى "الأبعد"[١] بأنه قد تعذر منه تزويجها كما يتعذر منه بالجنون والرق فلما انتقلت (عنه)[٢] بجنونه ورقه انتقلت عنه بغيبته .

وهذا خطأ لانها ولاية لاتنتقل "بغيبة"[٣] غير منقطعة فوجب أن لاتنتقل بغيبة منقطعة كالولاية على المال .

ولأنها غيبة لاتنتقل بها (ولاية)[٤] المال فوجب ان لاينتقل بها ولاية النكاح كالغيبة التى ليست منقطعة ولأن الغيبة لاتزيل ولايته "لأنه"[٥] لو زوجها في غيبته صح ولو وكل في تزويجها جاز واذا لم تزل عنه لم تنتقل الى من هو أبعد منه كالحاضر.

فاما استدلالهم بتعذر النكاح منه فليس تعذره منه مع بقاء الولاية يوجب انتقالها عنه كالعاضل .

=== قال السرخسي : " والأصح أنه اذا كان في موضع لو انتظر حضوره أو استطلاع رأيه فات الكفء الذى حضر لها فالغيبة منقطعة وان كان لايفوت فالغيبة ليست بمنقطعة " أهـ

انظر: المبسوط: (٤/٢٢٢) ، الهداية شرح بداية المبتدى: (١/٢٠٠) تحفة الفقهاء : (١/١٥٠) .

(١) ط "الأقرب" .

(٢) ساقط من "ص" .

(٣) ط " بغيبته" .

(٤) ساقط من "ص" .

(٥) ط " في التعليق" .

* فصـــــل *

فاذا " صح[١] أن الولاية لاتنتقل عنه بالفقد والغيبة الى مـــن هو أبعد لم يخل أن يكون " مفقودا[٢] أو غائبا فان كان مفقودا لا يعرف مكانه ولا يعلم خبره زوجها الحاكم النائب عن الغيب في حقوقهم كما يزوجها عنه اذا عضل وان كان غائبا لم تخل مسافة غيبته أن تكون قريبة أو بعيدة فان كانت بعيدة وهو أن يكون على أكثر من مسافة يوم وليلة زوجها الحاكـــم عنه من غير استئذانه فيه لأن استئذانه مع بعد الغيبة شاق ، ولأن طـــول الزمان في بعد المسافة " يفوت[٣] على الزوجة حقها من العقد وان كانت غيبته قريبة وهو أن يكون على أقل من مسافة يوم وليلة .

فقد اختلف أصحابنا في جواز تزويج الحاكم لها بغير اذنه علـــى وجهـين :

أحدهما : يزوجها الحاكم بغير اذنه للمعنيين المتقدمين وهو ظاهر كـــلام الشافعي لأنه قال بعيدة كانت غيبته أو قريبة .

والوجه الثاني : أنه لايجوز للحاكم تزويجها الا باذنه لأنه في حكم الحاضـــر اذ ليس له الترخص بأحكام السفر[٤] ، وتأول قائل هذا الوجـــه

---

(١) ط " أوضح " .

(٢) ص " منفردا " .

(٣) ص " ففوت " .

(٤) قال النووي في روضة الطالبين : (٧ / ٦٩) وان كان دون مسافة القصر فأوجه أصحها لا تزوج حتى يراجع فيحضر أو يوكل نص عليه في الاملاء " .

من أصحابنا كلام الشافعي بعيدة كانت غيبته أو قريبة على قرب الزمان لأقرب المكان كأنه لم يفرق بين أن يكون قد سافر من زمان قريب أو من زمان بعيد وان فرق بين أن يكون سفره الى مكان قريب أو مكان بعيد (والله أعلم)(١).

* فصل *

" فاذا(٢) أراد الحاكم تزويجها لفقد الولي وغيبته على ماوصفنا فقد اختار الشافعي له احضار أهلها من له ولاية كالعصبات أو ولاية له كالأخوال ليشاورهم في تزويجها ويسألهم عن كفاءة زوجها استطابة لنفوسهم " كما أمر رسول الله صلى الله عليه (وسلم)(٣) نعيما أن يشاور (أم)(٤) ابنته(٥) (و)(٦) ان لم يكن لها في الولاية حق ، ولأنهم أعرف بحالها وحال الزوج لمكان اختصاصهم وكثرة فراغهم من الحاكم ، فاذا احضرهم الحاكم للمشاورة في نكاحها كان معهم فيه بالخيار بين أمرين أن يقول لهم اختاروا زوجا فاذا اختاروا نظر الحاكم في كفاءته فان كان كفؤا زوجها (به)(٧) عن اذنها وان كان غير كفء لم يزوجها

---

(١) ساقط من " ص ".
(٢) ص " اذا ".
(٣) ساقط من" ص ".
(٤) ساقط من " ص".
(٥) تقدم تخريجه صفحة (٢٨٨).
(٦) ساقط من " ص".
(٧) ساقط من " ص".

به وان أذنت فيه ورضيه اهلها لأن للغائب " حقا[1] " في طلب الكفاءة لها ، وبين أن يختار الحاكم لها كفوا ثم يسأل الأولياء عنه بعد اذن الزوجة فيه فان لم يقدحوا في كفاءته زوجها به سواء أرادوه أولم يريدوه فان قدحوا فيه نظر الحاكم فيما ذكروه من القدح فان كان مانعا من الكفاءة لم يزوجها به والتمس لها غيره وان كان غير مانع من الكفاءة زوجها به وان كرهوه لأن المعتبر رضى المنكوحة دونهم وانما يعتبر منهم اختيار الأكفاء ،ويستحب للحاكم اذا تعذر تزويجها بمن يقع عليه الاختيار أن يرد العقد الى الحاضر من أوليائها ليكون عقده متفقا على صحته فان لم يفعل وتفرد بالعقد من غير مشاورتهم جاز والله أعلم .

---

(١) ص " حق " .

* مسألة *

قال الشافعي (رضى الله عنه)[١] ولو عضلها الولي زوجها السلطان والعضل أن " تدعو[٢] " الى مثلها فيمتنع "[٣].

وهذا صحيح اذا دعت المرأة وليها الى تزويجها فعليه اجابتها وهو " حرج[٤] " ان امتنع قصدا للاضرار لقوله تعالى : (فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ[٥]) فان عضلها لم يخل أن يكون في درجته من العصبات غيره أم لا فان كان في درجته غيره لأنه واحد من اخوتها أو واحد من بني عمها عدلت عنه الى من في درجته من اخوتها أو بني عمها وليس للحاكم معهم مدخل اذا زوجها غير العاضل ممن يساويه في النسب وان لم يكن في درجته من الأولياء أحد وكانوا أبعد منه نسبا عدلت عن العاضل الى الحاكم ولم تعدل الى البعيد في النسب لأن عضله لا يزيل ولايته وعلى الحاكم أن يحضره ويسأله عن سبب عضله فان كان (لأن)[٦] الزوج الذى دعت اليه غير كفء لم يكن عاضلا لأن له أن يمنعها من نكاح غير الكفء ولم يكن للحاكم أن يزوجها به وقال لها ان اردت زوجا فالتمسي غيره من الأكفاء ،

---

(١) ساقط من " ص " .
(٢) ط " تدعوا " .
(٣) انظر: مختصر المزني صفحة (١٦٥) .
(٤) الحرج : " الاثم " انظر: مختار الصحاح صفحة (١٢٩) .
(٥) سورة البقرة ، الآية (٢٣٢) .
(٦) ساقط من " ط " .

وان كان الزوج الذى دعت اليه المرأة كفؤا وكان امتناع الولي منه لكراهته وبغضه لا لعدم كفاءته صار الولي حينئذ عاضلا .

قال الشافعي : والعضل أن تدعو الى مثلها فيمتنع فحينئذ يأمره الحاكم بتزويجها ولا يتولاه الحاكم مالم يقم الولي على الامتناع " فاذا[1] أجاب وزوج بعد الامتناع زالت يد الحاكم عن العقد وان أقام على الامتناع زوجها الحاكم حينئذ عنه لقوله صلى الله عليه (وسلم)[2] فان اشتجروا أو قال اختلفوا فالسلطان ولي من لا ولي له[3] ولأن تزويجها حق على وليها ومن وجب عليه حق فامتنع منه أخذه الحاكم (به)[4] جبرا " فقام[5] مقامه في ادائه كقضاء الديون من ماله (والله أعلم)[6] .

---

(١) ط " فان " .

(٢) ساقط من " ص " .

(٣) تقدم تخريجه صفحة (٢٢٥) .

(٤) ساقط من " ط " .

(٥) ط " أو قام " .

(٦) ساقط من " ص " .

* مســـألة *

قال الشافعي (رضى الله عنه)[1] " ووكيل الولي يقوم مقامه فان زوجها غير كفء لم يجز[2] .

وهذا كما قال الوكالة في التزويج جائزة ،

وقال أبو ثور[3] : لا تجوز[4] .

استدلالا بأن الولي لما لم يكن له أن يوصي بالولاية لم يكن له أن يوكل فيها ، ولأن الولي نائب فلم يكن له أن يوكل من ينوب عنه كالوكيل الذى لايجوز أن يوكل غيره وهذا خطأ لقوله صلى الله عليه (وسلم)[5] : " ايما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل[6] " وان الولي انما صح في الوكالة لا للمنكوحة .

ولأن النبي صلى الله عليه (وسلم)[7] وكل عمرو بن أمية الضمري[8] ، في تزويج أم حبيبة[9] ، بنت أبى سفيان[10] بأرض الحبشة فأصدقها

---

(١) ساقط من " ص " .

(٢) انظر: مختصر المزني صفحة (١٦٥) .

(٣) انظر: ترجمته صفحة (٢١٧) .

(٤) انظر : رحمة الأمة صفحة : (٢٠٢) ، بداية المجتهد : (٢/ ١٢) .

(٥) ساقط من " ص " .

(٦) تقدم تخريجه صفحة (٢٢٥) .

(٧) ساقط من " ص " .

(٨) هو عمر بن أمية بن خويلد بن عبد الله الكناني الضمرى الصحابي أسلم قديما وهاجر الحبشة ثم الى المدينة وأول مشاهده بئر معونة كان رضي الله عنه من انجاد العرب ورجالها ، توفي بالمدينة قبيل وفاة معاوية رضي الله عن الجميع .
انظر : تهذيب الأسماء (٢/ ٢٤) ، الاصابة : (٢/ ٥٢٤) .

(٩) اسمها رملة : انظر ترجمتها صفحة (١٥٣) .

(١٠) اسمه صخر : انظر ترجمته صفحة (١٦٠) .

النجاشي[1]، أربعمائة دينار[2] فجعل عبدالملك بن مروان[3]،

---

(١) قال ابن عيينة اسم النجاشي "أصحمه" وهو بالعربية عطية انظر تفسير ابن عيينة صفحة (٢٤٠).

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرك : (٤ / ٢٢) عن جعفر بن محمد ابن علي عن أبيه قال بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم عمرو بن أمية الضمري الى النجاشي يخطب عليه أم حبيبة بنت أبي سفيان وكانت تحت عبيدالله بن جحش فزوجها اياه وأصدقها النجاشي من عنده عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أربعمائة دينار".
قال في الارواء : (٦ / ٢٥٣) وهو مع ارساله فيه محمد بن عمر الواقدي متروك ،لكن أخرجه البيهقي : (٧ / ١٣٩) من طريق ابن اسحاق حدثني أبو جعفر قال وذكره وهذا مرسل حسن "أهـ

(٣) هو عبدالملك بن مروان بن الحكم بن أبي العاص بن أمية الأموي أبو الوليد الدمشقي ثم المدني ، قال ابن حجر: كان طالب علم قبل الخلافة ثم اشتغل بها فتغير حاله ملك ثلاث عشر سنة استقلالا وقبلها منازعا لابن الزبير تسع سنين، ذكره العجلي في الثقات وابن حبان وقال كان من فقهاء المدينة وقرائهم قبل أن يلي ماولي وهو بغير الثقات اشبه قال الشعبي : ماجالست أحدا الا وجدت لي الفضل عليه الا عبدالملك فاني ماذاكرته حديثا ولاشعرا الا زادني فيه"، انظر: تاريخ الثقات للعجلي صفحة (٣١٢) ، تقريب صفحة (٢٣٠) تهذيب التهذيب : ٦/ ٤٢٢-٤٢٣).

" ذلك[١] حد الصداق للشريفات من قومه .

ووكل رسول الله صلى الله عليه (وسلم)[٢] أبا رافع[٣] في تزويج ميمونة بنت الحارث الهلالية[٤] بمكة سنة سبع فردت أمرها الى العباس ابن عبدالمطلب فزوجها به[٥].

وكان العباس زوج اختها أم الفضل.[٦]

---

(١) ط في " التعليق " .

(٢) ساقط من " ص " .

(٣) تقدمت ترجمته صفحة (١٦٢) .

(٤) تقدمت ترجمتها صفحة (٩٩) .

(٥) أخرجه أحمد في المسند : (١ / ٢٧٠ - ٢٧١) من طريق الحجاج بن أرطاة عن الحكم عن القاسم عن العباس أن النبي صلى الله عليه وسلم خطب ميمونة بنت الحارث فجعلت أمرها الى العباس فزوجها النبي صلى الله عليه وسلم ، والحجاج مدلس وقد عنعنه ، وروا الحاكم : (٤ / ٣١) نحوه من طريق ابن شهاب ، وهذا معضل ومرسل كما في الاروا ء : (٦ / ٢٥٣) ، وفي الموطأ : (١ / ٣٤٨) عن ربيعة ابن أبى عبدالرحمن عن سليمان بن يسار أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث أبا رافع ورجلا من الأنصار فزوجاه ميمونة بنت الحارث ورسول الله صلى الله عليه وسلم بالمدينة قبل أن يخرج ، قال في الارواء : (٦ / ٢٥٣) ضعيف لأنه معضل " أهـ.

(٦) ففي المستدرك : (٤ / ٣١) تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم ميمونة بنت الحارث وهي أخت أم الفضل امرأة العباس ابن عبدالمطلب " .

فان قيل هذا يدل على أن للمرأة أن تعقد على نفسها لأنها ردت أمرها الى العباس ولم يكن وليا لها ، " فعن[1] هذا أربعة أجوبة :

أحدها : أن هذا كان قبل استقرار الشرع في عقود المناكح واشتراط الولي فيه .

والثاني : يجوز أن يكون تزويجه لها بأن كان سفيرا في العقد ومشيرا .

والثالث: أنه يجوز أن يكون " وليها[2] رد ذلك إليه فزوجها .

والرابع: قاله بعض أصحابنا أن النبي صلى الله عليه (وسلم)[3] مخصوص أن ينكح بغير ولي[4] ، ويدل على جواز الوكالة أن النكاح عقد يقصد فيه " المعاوضة[5] " فصحت فيه الوكالة كالبيوع ، " فاما[6] " الوصية به فانما لم تصح لانقطاع ولايته بموته فصار موصيا في حق غيره وهو في الوكالة موكل مع بقاء حقه فصحت وكالته وان لم تصح وصيته .

وأما الوكيل فلم يجز أن يوكل لأنه مستناب بعقد والولي يجوز أن يوكل لأنه مالك بالشرع فافترقا .

---

(١) ط " وعن " .

(٢) ط " وليا قال له " .

(٣) ساقط من " ص " .

(٤) قال في الروضة : (٩/٧) ومنه انعقاد نكاحه صلى الله عليه وسلم بغير ولي ولا شهود وفي حال الاحرام على الأصح في الجميع اهـ

(٥) ط " المعاونة " .

(٦) ط " واما " .

* فصـــــل *

فاذا تقرر جواز الوكالة في النكاح جاز أن يوكل الولي والزوج ولم يجز أن توكل الزوجة ، لأنه لا حق للزوجة في مباشرة العقد فلم يصح منها التوكيل فيه واذا كان كذلك فحكم الوكالة فيه تتعلق بفصلين :

أحدهما : في توكيل الولي .

والثاني : في توكيل الزوج .

فأما توكيل الولي فلايجوز أن يوكل فيه الا من يصح أن يكون وليا فيه وهو أن يكون ذكرا بالغا عاقلا حرا مسلما رشيدا فاذا جمع هذه الأوصاف الستة صح توكيله كما تصح ولايته وان أخل بأحد هذه الأوصاف فوكل امرأة أو صغيرا أو مجنونا أو عبدا أو كافرا أو سفيها لم يجز وكانت الوكالة باطلة فان عقد بها كان العقد فاسدا ، فاذا تكاملت في الوكيل هذه الشروط الستة لم يخل حال الولي الموكل له من أحد أمرين : اما أن يكون ممن يجبر على النكاح كالأب والجد مع البكر . أو ممن لايجبر عليه كسائر الأولياء مع " الثيب "[1] . أو كغير الأب والجد مع البكر والثيب فان كان الولي ممن يجبر على النكاح كالأب والجد مع البكر " جاز "[2] له أن يوكل باذنها وغير اذنها[3] . كما يجوز له تزويجها باذنها وغير اذنها ، لكن هل يلزمه أن يعين لوكيله على الزوج أو يرده الى اختياره فيه قولان :-

---

(١) ط " الثلث " .

(٢) ص " فان " .

(٣) على الصحيح كما في روضة الطالبين : (٧ / ٧٢) .

أحدهما : يجوز أن يرده الى اختياره لأنه قد أقامه بالتوكيل مقام نفسه فلم يلزمه التعين كالتوكيل في الأموال فعلى هذا يلزمه أن يختار لها كفؤا والأولى به اذا أراد تزويجها بمن اختاره لها أن يستأذنها فيه واذنها معه الصمت كاذنها مع الأب فان زوجها به من غير استئذانه صح النكاح كالأب اذا زوج بغير اذن فلو أن الولي على هذا القول عين لوكيله على الزوج سقط اختيار الوكيل ولم يكن له تزويجها بغير من عين (له)(١) عليه كالوكيل في الشراء اذا عين له على مايشتريه .

والقول الثاني : أن على الولي أن يعين لوكيله في عقد الوكالة على الزوج الذى يزوجها به ولا يرد ذلك الى اختياره لأن معنى " الولي "(٢) في لحوق(*) عارها مفقود في وكيله فلم يقم اختيار الوكيل مقام اختياره ، وفارق التوكيل في الأموال التى لا " يراعى "(٣) في اختيارها لحوق العار ، فعلى هذا متى زوجها الوكيل بكفء أو غير كفء (باذن أو بغير اذن)(٤) كان النكاح باطلا لفساد الوكالة فلو عين له أن يزوجها بأحد رجلين نظر فان كان الولي قد اختارهما ورد العقد على أحدهما الى خيار وكيله لا الى اختياره جاز وان لم يكن من الولي اختيار بل

---

(١) ساقط من " ط " .

(٢) ط " الموكل " .

(٣) ط " يراعا " .

(٤) ساقط من " ص " .

(*) ص لوحه / ٨٥ .

رد ذلك الى اختيار وكيله وخياره (لم يجز)[١] " ثم[٢] الاعتبار بأن لايكون للوكيل " خيار[٣].

* فصل *

وان كان الولي ممن لا يجبر على النكاح فهل يلزمه استئذانها في عقد الوكالة أم لا ، اختلف أصحابنا فيه على وجهين ، ومنهم من خرجه على قولين :

أحدهما : وهو اختيار أبي علي بن أبي هريرة،[٤] أنه لايصح توكيله الا باذنها[٥].

لأنه نائب عنها فأشبه " الوكيل[٦] الذى لايجوز (له)[٧] أن يوكل فيما هو " وكيل[٨] فيه الا عن اذن موكله .

فعلى هذا ان لم يستأذنها الولي في توكيله فزوجها الوكيل باذنها وغير اذنها كان النكاح باطلا لفساد الوكالة ولواستأذنها الولي فيه بعد عقد الوكالة لم تصح الوكالة حتى يستأنفها الولي بعد اذنها في توكيله " فاذا[٩] وكله بعد اذنها كان وكيلا

---

(١) ساقط من " ط " .

(٢) ط " لأن " .

(٣) ط " اختيار " .

(٤) تقدمت ترجمته صفحة (٢٦٢) .

(٥) على الصحيح كما في الروضة : (٧/٧٣) .

(٦) ط " الرجل " .

(٧) ساقط من " ط " .

(٨) ط " نائب " .

(٩) ط " واذا " .

لهما جميعا فان رجعت في توكيله بطلت الوكالة ولم يكن له أن يزوج .

والوجه الثاني : وهو اختيار أبي اسحق المروزى[١] ، (أن)[٢] الوكالة جائزة وان لم يستأذنها الولي في عقدها لأنه موكل في حق نفسه الذى ثبت له بالشرع لا بالاستنابة فأشبه الأب وخالف الوكيل المستناب ، فعلى هذا تصح الوكالة وان لم يستأذن المرأة في عقدها ويكون هو وكيلا للولي وحده ولا يؤثر فيه منعها لكن ليس للوكيل أن يزوجها الا باذنها كما لم " يكن "[٣] ذلك لوليها الموكل فان زوجها بغير اذنها كان النكاح باطلا سواء زوجها بكفء أو غير كفء ولو زوجها الوكيل باذنها من غير كفء كان النكاح باطلا سواء أجازه الولي أو لم . يجزه (والله أعلم)[٤] .

* فصل *

" وأما "[٥] توكيل الزوج فان كان في تزويج امرأة بعينها جاز أن يوكل (كل)[٦] من " يصح "[٧] منه قبول النكاح لنفسه وهو من اجتمعت فيه ثلاث شروط ، أن يكون ذكرا بالغا عاقلا ، وسواء كان حرا أو عبدا رشيدا أو سفيها لأن العبد والسفيه يجوز أن يقبلا عقد النكاح لأنفسهما فصح أن يقبلاه لغيرهما .

---

(١) تقدمت ترجمته صفحة (٢٦٢) .

(٢) ساقط من " ص " .

(٣) ط يكن " له " .

(٤) ساقط من " ص " .

(٥) ط " فأما " . (٦) ساقط من " ط " . (٧) ص " صح " .

فأما توكيل المرأة والصبي والمجنون فلا يصح لأنه لما لم يصح منهم قبوله لأنفسهم لم يصح منهم " قبوله "[١] لغيرهم فاما ان كان توكيل الزوج في تزويج امرأة غير معينة ليختارها الوكيل فهل يلزم أن ينضم الى الشروط الثلاثة في الوكيل أن يكون رشيدا غير مولى عليه بسفه أم لا على " ثلاثة "[٢] أوجه :

أحدها : أن يكون رشيدا يقبل نكاحا لنفسه[٣]، فان كان سفيها لم يجز لقصوره عن التصرف في نكاح نفسه .

والوجه الثاني : (لا)[٤] يلزم أن يكون رشيدا لأنه يقبله عن اذن وقد يصح منه أن يقبل " نكاحا لنفسه "[٥] عن اذن وليه .

والوجه الثالث: ان عين لوكيله على القبيلة وان لم يعين له على المنكوحة جاز أن يكون وكيله فيه سفيها " فان "[٦] لم يعين على القبيلة ولا على المنكوحة لم يجز أن يكون الوكيل فيه الا رشيدا .

وهذه الأوجه الثلاثة بناء على اختلاف الأوجه في اذن وليه (له)[٧] أن يعقد لنفسه من غير تعيين والله أعلم (بالصواب)[٨].

---

(١) ص " قبولهم " .

(٢) ص " ثمانية " .

(٣) ط " نكاح نفسه " .

(٤) ساقط من " ط " .

(٥) في النسختين " نكاح نفسه " .

(٦) ص " وان " .

(٧) ساقط من " ص " .

(٨) ساقط من " ط " .

* مسـألة *

قال الشافعي (رضي الله عنه)[1] وولي الكافرة كافر ولا يكـون المسـلم وليا لكافرة لقطع الله تعالى الموالاة بينهما بالدين الا على أمته المسلمة الى آخر كلام المزني[2].

وأصل ذلك أن اتفاق الدين شرط في ثبوت الولاية على المنكوحة فلا يكون الكافر وليا لمسلمة ولا المسلم وليا لكافرة لقوله تعالى : (وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا)[3] ، وقال تعالى : (لَا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَارَىٰ أَوْلِيَاءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ)[4] فدلت هاتان الآيتان على أن لا ولاية لكافر على مسلمة ، وقال تعالى : (وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ)[5] فدل على أن لا ولاية لمسلم على كافرة ، ولأن النبي صلى الله عليه (وسلم)[6] لما أراد أن يتزوج أم حبيبة بنت أبي سفيان[7]، وكان أبوها واخوتها كفارا وهي مسلمة مهاجرة بأرض الحبشة تزوجها من أقرب عصباتها من المسلمين وهو خالد بن سعيد بن العاص[8].

---

(١) ساقط من " ص " .

(٢) انظر: مختصر المزني صفحة (١٦٥) .

(٣) سورة النساء ، آية (١٤٠) .

(٤) سورة المائدة ، الآية (٥٤) .

(٥) سورة الأنفال ، الآية (٧٢) .

(٦) ساقط من " ص " .

(٧) تقدمت ترجمة أبي سفيان وأم حبيبة صفحة (١٦٠ - ١٥٣) .

(٨) قصة زواجه صلى الله عليه وسلم من أم حبيبة تقدمت صفحة (٤٨٢) وقوله تزوجها من أقرب عصباتها . . الخ لانها رملة بنت صخر بن حرب بن أمية بن عبد شمس وهو خالد بن سعيد بن العاص بن أمية ابن عبد شمس يجتمعان في أمية بن عبد شمس وخالد هو ===

فدل على انتقال الولاية بالكفر عمن هو أقرب الى من ساواها في الاسلام وان كان أبعد لأن الله تعالى قد قطع الموالاة باختلاف الدين فلم تثبت الولاية معه كما لم يثبت الميراث "لأن"(١) الولاية انما شرعت لطلب الحظ لها ودفع العار عنها واختلاف الدين يصد عن هذا ويمنع منه كما قال تعالى : (لَا يَرْقُبُونَ فِي مُؤْمِنٍ إِلًّا وَلَا ذِمَّةً)(٢) .

* فصل *

فاذا تقرر هذا فلاتثبت للكافر ولاية على مسلمة لا بنسب ولا بحكم ولا بملك ، ولايزوجها من عصباتها الا مسلم قد جمع شرطين النسب والدين .

واما الكافرة فالولاية عليها تنقسم ثلاثة أقسام ، ولاية نسب ، وولاية بحكم ، وولاية بملك .

"فأما"(٣) القسم الأول وهو الولاية بالنسب فلايثبت عليها الا "لمن"(٤) اذا شاركها في النسب ساواها في الدين "ويراعى"(٥) أن يكون رشيدا في دينه كما يراعى رشد الولي المسلم فلو كانت الكافرة نصرانية وكان لها "أخ مسلم وأخ نصراني"(٦) وأخ يهودي وأخ مجوسي "فلا"(٧)

=== من السابقين الأولين استشهد يوم اجنادين" انظر: الاصابة : (١/ ٤٠٦) ، وذكر الحاكم في المستدرك : (٤ / ٢١) من حديث أم حبيبة وفيه : "ان الملك يقول لك ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أرسل الي أن أزوجك فقلت بشرك الله بخير وقالت يقول لك الملك وكلي من يزوجك فأرسلت الى خالد بن سعيد بن العاص فوكلته" وانظر تلخيص الحبير: (٣ / ٥٠) .

(١) ص "وانما" . (٢) سورة التوبة، الآية (١١) . (٣) ط "وأما" .

(٤) ط "بمن" . (٥) في النسختين "ويراعا" .

(٦) ص "تقديم النصراني" .

(٧) ط "ولا" .

ولاية عليها للمسلم ويكون النصراني والمجوسي في الولاية عليها سواء كما يتشاركون في ميراثها ولا يختص به النصراني منهم لأن الكفر كله ملة واحدة فلو كان في اخوتها مرتد عن الاسلام " فلاولاية له[1] " عليها كما لاميراث له منها ، ولأن المرتد مولى عليه فلم يجز أن يكون وليا ، فلو كانت المرأة مرتدة وكان لها أخ مسلم وأخ مرتد وأخ نصراني فلاولاية عليها لواحد منهم كما لايرثها واحد منهم ولايجوز أن تزوج بمسلم ولاكافر ولامرتد لأن الردة مانعة من استباحة نكاحها .

* فصل *

واما القسم الثاني وهو الولاية بالحكم فيثبت للمسلم على الكافرة لأنها لاتستحق بالمولاة كالنسب فيمنع اختلاف الدين منها وانما تستحق بالولاية التي تثبت على الكافر كثبوتها على المسلم فاذا عدمت الكافرة مناسبها من عصبتها الكافر زوجها حاكم المسلمين لكفء من الكفار أو المسلمين فان دعت الى زواج مسلم وجب على الحاكم تزويجها به لأنه اذا تقاضيا الى حاكم المسلمين مسلم وكافر لزمه الحكم بينهما وان دعت الى زوج فان كان من أهل العهد كان حاكم المسلمين بالخيار بين تزويجها به والاعراض عنها كما يكون بالخيار في الحكم بينهما اذا تقاضيا اليه وان كانا من أهل الذمة فهل يلزم الحاكم تزويجها (به)[2] أم لا على قولين من اختلاف قوليه في وجوب الحكم بينهما عند الترافع اليه ،

---

(١) ط " فالولاية له " .

(٢) ساقط من " ص " .

فان زوجها (به)(١) لم يعقد نكاحها الا بشاهدين مسلمين ولا يجوز أن يعقده بأهل دينها لأن الاسلام والعدالة شرط في الشهادة .

* فصل *

فصل وأما القسم الثالث وهو الولاية بالملك فقد اختلف أصحابنا في ثبوتها " للسيد "(٢) المسلم على أمته الكافرة على وجهين :

أحدهما :(٣) وهو قول أبي اسحق المروزي ،(٤) وأبي سعيد الأصطخري(٥) أنه يجوز للسيد المسلم تزويج أمته الكافرة ، وهو ظاهر كلام الشافعي (رضي الله عنه)(٦) لأنه قال : " ولا يكون المسلم (*) " وليا لكافرة(٧) الا على أمته "(٨).

ووجه شيئان أحدهما : أنها لم تستحق بمولاة النسب فلم يؤثر فيها اختلاف الدين كالولاية بالحكم .

والثاني : أن السيد " يتوصل "(٩) بها الى الكسب فلم يؤثر اختلاف الدين (كما لم يؤثر الفسق)(١٠).

---

(١) ساقط من " ص " .

(٢) ط " لسيد " .

(٣) وهو الأصح كما في روضة الطالبين : (٧ / ٦٧) .

(٤) تقدمت ترجمته صفحة (٢٦٢) .

(٥) تقدمت ترجمته صفحة (١٥٠) .

(٦) ساقط من " ص " .

(٧) ط " ولي كافرة " .

(٨) انظر: مختصر المزني صفحة (١٦٥) .

(٩) ص " يترصد " .

(١٠) ساقط من " ط " .

(*) ط لوحه / ٦٠ .

" والثاني[1]: وهو قول أبي ابراهيم المزني[2]، وأبي القاسم الداركي[3] وطائفة أن اسلام السيد يمنعه من تزويج أمته الكافرة (كما يمنعه من تزويج ابنته الكافرة[4]) وحمل (غير[5]) المزني قول الشافعي الا على أمته على أحد وجهين: اما حكاية عن مذهب غيره ، واما على أمته في عقد الاجارة على منافعها دون بعضها استدلالا بأن في تزويجه لها تغليبا لولاية النكاح دون الكسب لأن المرأة لاتزوج أمتها وان ملكت عقد اكتسابها فاما المزني فانه اعترض على الشافعي (رضى الله عنه[6]) (فيما نقله[7])

---

(١) ص " والثالث " .

(٢) تقدمت ترجمته صفحة (٢٤) .

(٣) هو عبدالعزيز بن عبدالله بن عبدالعزيز أبو القاسم الداركي أحد أئمة الأصحاب ورفعائهم .
قال الحاكم أبو عبدالله النيسابورى : كان من كبار فقهاء الشافعيين درس بنيسابور سنين .
وقال الشيخ أبو اسحق كان فقيها محصلا تفقه على أبي اسحق المروزى وانتهى التدريس اليه في بغداد وأخذ عنه عامة شيوخ بغداد وغيرهم من أهل الآفاق ، وقال الخطيب : وكان ثقة .
مات سنة خمس وسبعين وثلاثمائة هجرية ودارك قرية من أعمال أصبهان .
انظر: طبقات السبكي : (٢ / ٢٤٠) .

(٤) ساقط من " ط " وانظر: المهذب : (٢/٣٦) .

(٥) ساقط من " ط " .

(٦) ساقط من " ص " .

(٧) ساقط من " ط " .

" في[1] استدلاله بحديث أم حبيبة[2] ، ويوهم أنه استدل به في تزويج " المسلم[3] لأمته الكافرة وهذا خطأ في التوهم لأن الشافعي انما استدل به على أن الكافر لايزوج بنته المسلمة ، وهو دليل عليه وبالله التوفيق .

---

(١) ط " من " .

(٢) اسمها رملة : تقدمت ترجمتها صفحة (١٥٣) ، والحديث تقدم صفحة (٨١) .

(٣) ط " المسلمة " .

* مسـألة *

قال الشافعي (رضي الله عنه)[1] " فان[2] كان الولي سفيها أو ضعيفا غير عالم بموضع الحظ أو سقيما مؤلما أو به علة تخرجه من الولاية فهو كمن مات فاذا صح صار وليا "[3].

وهذا صحيح " ذكر[4] الشافعي (رضى الله عنه)[5] الأسباب المانعة من ولاية النكاح فقال :" فان كان الولي سفيها " وفيه تأويلان :

أحدهما : أنه المجنون لأنه سفيه العقل .

والثاني : أنه المفسد لماله ودينه لأنه سفيه الرأى .

فأما المجنون فلاولاية له لأنه لما أزال الجنون ولايته على نفسه فأولى أن يزيل ولايته على غيره ، فلو كان يجن في زمان ويفيق في زمان فلا ولاية له في زمان جنونه[6].

فاما زمان افاقته فعلى ضربين :

أحدهما : أن يكون فيه بليدا مغمورا لا يصح فكره ولا يسلم تمييزه فلاولاية له في زمان افاقته كما لا ولاية له في زمان جنونه .

---

(١) ساقط من " ص " .

(٢) ص " وان " .

(٣) انظر: مختصر المزني صفحة (١٦٥) .

(٤) ط " وذكر " .

(٥) ساقط من " ص " .

(٦) قال النووى : وفي الجنون المنقطع وجهان أصحهما أنه كالمطبق ، ويزوجها الأبعد يوم جنونه لبطلان أهليته " .
انظر: روضة الطالبين : (٧ / ٦٢) .

والضرب الثاني : أن يكون فيه سليم الفكر صحيح التميز فهذا على ضربين :

أحدهما : أن يكون زمان افاقته أكثر من زمان جنونه فله الولاية في زمان الافاقة .

والضرب الثاني : أن يكون زمان افاقته أقل من زمان جنونه ففي عود الولاية اليه في زمان الافاقة وجهان :-

أحدهما : تعود اليه لعدم مايمنع منها .

والوجه الثاني : لاتعود اليه اعتبارا بحكم الأغلب من زمانه[1].

" فأما[2] السفيه فله حالتان :-

احداهما : أن يكون محجورا عليه بالسفه[3].

والثانية : أن يكون غير محجور عليه، فان كان محجورا عليه فعلى ضربين :-

أحدهما : أن يكون قد حجر عليه لأنه لايعرف موضع الحظ لنفسه فهذا لا ولاية له لأن من "لا[4] يعرف حظ نفسه فأولى أن لا يعرف حظ غيره.

والضرب الثاني : أن يكون قد حجر عليه لتبذيره لماله مع معرفته بحظ نفسه ففيه وجهان :-

---

(١) انظر: روضة الطالبين : (٧ / ٦٣).

(٢) ط " وأما ".

(٣) فهذا يمنع الولاية على المذهب كما في روضة الطالبين : (٧ / ٦٣).

(٤) ط " لم ".

أحدهما : وهو قول جمهور أصحابنا لا ولاية له في النكاح لأنه لما زالت ولايته عن نفسه فأولى أن تزول ولايته على غيره .

والوجه الثاني : وهو قول أبي العباس ابن سريج (١) ، وهو على ولايته وله تزويج وليته لأن ما استحق به الحجر لحفظ المال غير مقصود في ولاية النكاح فلم يؤثر في اسقاطها " فان (٢) كان السفيه غير محجور عليه ففيه وجهان :-

أحدهما : وهو قول أبي علي ابن أبي هريرة ، انه كالمحجور عليه لا ولاية (له) (٣) لوجود معنى الحجر فيه .

والوجه الثاني : أنه على ولايته لأنه لما كان قبل الحجر باقي الولاية على نفسه كان باقي الولاية على غيره (والله أعلم) (٤) .

* فصل *

ثم قال الشافعي رضي الله عنه " أو ضعيفا (٥) " وفيه تأويلان :

أحدهما : أنه الصغير الضعيف البدن .

والثاني : (أنه) (٦) الضعيف اما لعته (٧) ، وبله (٨) ، واما

---

(١) تقدمت ترجمته صفحة (٣٩١) .

(٢) ط " وان " .

(٣) ص " في التعليق " .

(٤) ساقط من " ص " .

(٥) انظر صفحة (٤٩٦) .

(٦) ساقط من " ص " .

(٧) العته : نقص العقل أو فقده . انظر: القاموس : (٤/ ٢٨٩) .

(٨) البله : كما في القاموس : (٤/ ٢٨٣) ، قلة الفطنة لمداق الأمور وعدم التمييز .

لكبر وهرم.[1] فاما الصغير لاولاية له لأنه مولى عليه فلم يجز أن يكون واليا ، واما المعتوه والأبله فلا ولاية له لأنه لايصح تمييزه فيعرف حظ نفسه وحظ غيره ، وأما الشيخ الهرم الذى قد صار بهرمه خرفا[2] لا يعرف موضع الحظ فلا ولاية له " لفقده[3] تمييزه.[4]

* فصل *

قال الشافعي (رضى الله عنه)[5] أو سقيما (مولما)[6] وفيه روايتان :

أحدهما : " مؤلما "[7] يعنى ذا المرض المؤلم .

والرواية الثانية : " موليا "[8] يعنى ذا المرض المولى لفقده تمييزه كالبرسام،[9]

وان كان مرضه مؤلما نظر في ألمه فان كان يسيرا لايمنعه من الفكر والنظر كان على ولايته وان كان ألمه عظيما قد قطعه عن الفكر وصرفه عن الحظ والصلاح فلا ولاية له لفقد المقصود

---

(١) الهرم : أقصى الكبر كما في القاموس : (٤ / ٩ ١ ١) .

(٢) الخرف : بفتحتين فساد العقل من الكبر وبابه طرب فهو خرف : انظر مختار الصحاح صفحة (١٧٣) .

(٣) ص " لفقد " .

(٤) انظر: روضة الطالبين : (٧ / ٦٣) .

(٥) ساقط من " ص " .

(٦) ساقط من " ص " .

(٧) ص " في التعليق " .

(٨) ط " مؤلما " .

(٩) البرسام : كما في القاموس : (٤/ ٨٠) علة يهذى فيها " .

بها منه وان كان " مرضه [١] موليا عليه كاغماء البرسم فلايصح منه أن يزوج منه في حال اغمائه ، وفي بطلان ولايته وجهان :-

أحدهما : قد بطلت لزوال عقله "كالجنون [٢] فعلى هذا تنتقل الولاية الى من بعده من الأولياء .

والوجه الثاني : لا تبطل لأن اغماء المريض استراحة " كالنوم [٣] وبهذا المعنى فرقنا بينه وبين المرض المؤلم الذى ليس باستراحة ، في ابطال الولاية ، فعلى هذا ينوب عنه الحاكم في التزويج ولا تنتقل الى من بعده من الأولياء (والله أعلم)[٤].

* فصل *

ثم قال الشافعي " أو به علة تخرجه من الولاية [٥] وفيها تأويلان :

أحدهما : أنه أراد به الأمراض المانعة من الولاية فمنها ماألم كقطع الأعضاء ، ومنها ماأثره في التمييز " كالأعمى [٦] وفي اضافة العمى والخرس اليها وجهان .

والتأويل الثاني : أنه أراد الأسباب المانعة من الولاية كالكفر والرق والردة ، فاما الفسق ففيه أربعة أوجه :

---

(١) ط " لمرضه " .

(٢) ص " بالجنون " .

(٣) فينتظر افاقته ولايزوج وهذا أصحها .
انظر: روضة الطالبين : (٧ / ٦٣) .

(٤) ساقط من " ص " .

(٥) انظر: مختصر المزنى : (١٦٥) .

(٦) ط " كالأعضاء " .

أحدها : وهو الأظهر أنه مانع من ولاية النكاح بكل حال.[1]

والوجه الثاني : وهو مذهب أبي حنيفة[2]، أنه لا يمنع منها بحال.[3]

والوجه الثالث: وهو قول أبي اسحق المروزي[4]، أنه ان كان ممن يجبر كالأب بطلت ولايته بالفسق ، وان كان ممن لا يجبر كالأخ لم تبطل ولايته بالفسق .

والوجه الرابع: وهو قول بعض البصريين انه ان كان الفسق موجبا للحجر بطلت به الولاية وان كان غير موجب لم تبطل به وقد تقدم توجيه هذه الأوجه .

فاما الخنثى فان كان باقيا على اشكاله (فلا ولاية له وان زال اشكاله)[6] فعلى ضربين :-

---

(١) قال النووي : وأما الراجح فالظاهر من مذهب الشافعي منع ولاية الفاسق وأفتى أكثر المتأخرين بأنه يلي لا سيما الخراسانيون واختاره الروياني والذى رجحه الرافعي منع ولايته واستفتى الغزالي فيه فقال ان كان بحيث لو سلبناه الولاية لانتقلت الى حاكم يرتكب مايفسقه ولي والا فلا .
قال النووي : وهذا الذى قاله حسن وينبغي أن يكون العمل به والله أعلم " أهـ.
انظر: روضة الطالبين : (٧ / ٦٤).

(٢) تقدمت ترجمته صفحة (٥٥).

(٣) انظر: بدائع الصنائع : (٣ / ١٣٤٨).

(٤) تقدمت ترجمته صفحة (٢٦٢).

(٥) من قوله " فلا ولاية له " ساقط من " ط " .

أحدهما : أن يكون زواله بقوله كاخباره عن نفسه بأن طبعه يميل الى الرجال حتى يزوج امرأة " فلا(١) ولاية له لأن قوله ، وان قبل على نفسه فهو غير مقبول على غيره.

والضرب الثاني : أن يكون قد زال يقينا (بامارة(٢)) لايرتاب بها فله الولاية لاعتبار حكمه بالرجال في جميع الأحوال " وأما(٣) الاحرام بحج أو عمرة فمانع من الولاية وسواء كان صحيحا أو فاسدا لاستوائهما في المضي فيهما ولاتبطل به الولاية لأنه يصير باحرامه كالعاضل فيزوجها الحاكم عنه ولاتنتقل الولاية (عنه الى مابعده من الأولياء.

* فصل *

فاذا ثبت ماوصفنا من الأسباب المبطلة لولاية النكاح انتقلت الولاية(٤)) بها الى من هو أبعد بخلاف الغيبة التى توجب انتقال الولاية لأن الغائب يصح منه التزويج ولا يصح من هؤلاء ، فلو زالت الأسباب المبطلة للولاية بأن أسلم الكافر واعتق العبد وأفاق المجنون ورشد السفيه عادوا الى الولاية " وانتقلت(٥) عمن هو أبعد منهم فلو كان الأبعد قد زوج في جنون الأقرب " وسفهه(٦) صح نكاحه ولم يكن

---

(١) ص " ولا " .

(٢) ساقط من " ص " .

(٣) ط " فاما " .

(٤) من قوله :" عنه الى مابعده " ساقط من " ط " .

(٥) ط " وانتقل " .

(٦) ط " وسفه " .

للأقرب بعد الافاقة والرشد اعتراض عليه ولو كان الأبعد قد زوج بعد افاقة الأقرب ورشده كان نكاحه باطلا سواء علم بافاقته أولم يعلم فان قيل أفليس وكيل الولي اذا زوج بعد رجوع الولي في الوكالة قبل علمه برجوعه كان في نكاحه قولان ، فهلا كان نكاح الأبعد مثله على قولين.

قيل الفرق بينهما أن الوكيل مستناب يضاف عقده الى موكله فكان عقده أمضى من عقد الأبعد الذى ليس بنائب عن الأقرب فعلى هذا لو زوجها الأبعد ثم اختلف هو والأقرب فقال الأبعد زوجتها قبل افاقتك فالنكاح " ماض (١) " وقال الأقرب بل زوجتها بعد افاقتى فالنكاح باطل ولا اعتبار باختلافهما " والرجوع (٢) " فيه الى (قول (٣)) الزوجين لأن العقد حق (*) لهما فلم يعتد فيه قول غيرهما (والله أعلم) (٤).

---

(١) ط " مامضى ".

(٢) ص " ولا رجوع ".

(٣) ساقط من " ط ".

(٤) ساقط من " ص ".

(*) ص لوحه / ٩٠.

* مسـألة *

قال الشافعي (رضى الله عنه)[1] " ولو قالت قد أذنت في فلان فأى ولاتي زوجني فهو جائز فأيهم زوجها منه جاز فان تشاحوا أقرع بينهم السلطان "[2].

وهذا كما قال اذا كان للمرأة جماعة أولياء في درجة واحدة كالأخوة والأعمام فينبغى لها ولهم أن يردوا عقد نكاحها الى أسنهم وأعلمهم وأورعهم لأن " ذا "[3] قد جرب الأمور وذا العلم أعرف بأحكام العقود وذا الورع أسلم اختيارا وأكثر احتياطا.

فان قيل فهلا اشتركوا في عقد نكاحها ولم ينفرد به أحدهم " لتساويهم كالشركاء في ملك اذا أرادوا بيعه أو اجارته اشتركوا عليه ولم ينفرد به أحدهم لتساويهم فيه "[4].

قيل الفرق بينهما أن " العقود "[5] تتبعض ولو أراد أحدهم أن ينفرد بالعقد على قدر حصته جاز فلذلك جاز اذا اجتمعوا أن يشتركوا في العقد على الجميع وليس كذلك عقد النكاح لأنه لايتبعض ولا يجوز العقد على بعض امرأة فلذلك اذا اجتمع الأولياء لم يشتركوا فيه وتفرد بالعقد أحدهم . (والله أعلم)[6].

---

(١) ساقط من " ص " .

(٢) انظر: مختصر المزني صفحة (١٦٥) .

(٣) ط " رد " .

(٤) ط " كما لو اشتركوا في رق جارية اشتركوا في تزويجها لتساويهم فيه " .

(٥) ص " المعقود " .

(٦) ساقط من " ص " .

* فصـــــل *

فاذا تقرر ماوصفنا فللمرأة المخطوبة حالتان :

احداهما[1] : أن تأذن لأحدهم بعينــه في العقد عليها

"والثانية"[2] : أن لا تعين فان عينت (عليه[3]) فقالت قد اذنت لفلان مــن اخوتي أو من أعمامي أن يزوجني بفلان أو بمن يختاره لي مــن الأكفاء فيكون المأذون له منهم أحق " بعقد نكاحها "[4] مـن جماعتهم ، فان زوجها غيره منهم كان " نكاحه "[5] باطلا سـواء كانت قد عينــت على الزوج أو لم تعين لأنها لم تأذن لــه فصار عاقدا بغير اذن فبطل عقده .

* فصـــــل *

وان لم تعـين على أحد الأولياء بل قالت يزوجني أحدكم فأيكـــم زوجني فهو باذني ورضاي فلا " يخلو "[6] حالهم (حينئذ)[7] مــن أحد أمرين اما أن يتنازعوا في تزويجها أو لا يتنازعوا فان لم يتنازعـــوا

---

(١) ص " أحدهما " .

(٢) في النسختين " والثاني " والمثبت هو الصواب لأنه راجع على الحالــة .

(٣) ساقط من " ص " .

(٤) ط " بنكاحها " .

(٥) ط " نكاحها " .

(٦) ط " يخلوا " .

(٧) ساقط من " ط " .

في تزويجها وسلموه لأحدهم زوجها من سلموا اليه العقد منهم وسواء كان أفضلهم أو أنقصهم اذا لم يكن له سبب " يمنعه[1] من الولاية لأنه لو تفرد لكان وليا فكذلك اذا شارك ، وان تنازعوا فعلى ضربين :

أحدهما : أن يكون نزاعهم في تولي العقد مع اتفاقهم على الزوج كأنهم اتفقوا على أن يزوجوها بزيد بن عبدالله لكن قال كل واحد منهم أنا ازوجها به فهؤلاء لا حق للسلطان معهم لأنه ليس فيهم عاضل لكن يقرع بينهم فأيهم قرع كان أولى بنكاحها من جماعتهم فان زوجها من لم تخرج له القرعة منهم ، نظر فان كان ذلك قبل القرعة كان نكاحه جائزا لكونه وليا وان كان بعد القرعة ففي صحة " نكاحه[2] (وجهان)[3] :

أحدهما : " يصح[4] لكونه وليا .

والثاني : باطل لأن القرعة قد ميزت حق الولاية لغيره.[5]

* فصل *

والضرب الثاني : أن يكون نزاعهم في " عين[6] الزوج وفي تولي العقد

---

(١) ص " يكرهه " .

(٢) ط " نكاحها " .

(٣) ساقط من " ص " .

(٤) ط " صحيح " .

(٥) قال النووى : وان اتحد الخاطب وتزاحموا على العقد أقرع بينهم فمن خرجت قرعته زوجها فان بادر غيره فزوجها صح على الأصح ، وقيل لا يصح " أهـ

انظر: روضة الطالبين : (٨٧/٧) .

(٦) ط " غير " .

فيقول أحدهم أنا ازوجها بزيد ولا أزوجها بعمرو ، ويقول الآخر بخلاف ذلك فيرجع الى الزوجه فان رضيت أحد الزوجين دون الآخر كان من رضيته الزوجة أحق ومن " دعا "[1] الى تزويجها به أولى فان " قالت "[2] هما عندى سواء فزوجوني بأحدهما فلا قرعة هاهنا لأنه يصير اقراعا بين الزوجين والقرعة لا تميز المعقود عليه وانما يتعين بالرضى والاختيار واذا كان كذلك صار الأولياء عضلة لأن كل واحد منهم يمتنع من رضيه الآخر فوجب أن يرجع في تزويجها الى السلطان[3]، كما لو صرحوا بالعضل حتى يزوجها بمن يختاره لها من الزوجين المختلف فيهما (والله أعلم)[4].

---

(١) ص " دعى " .

(٢) ط " قال " .

(٣) قال النووى : وان تنازعوا وقال كل أنا أزوج نظر ان تعدد الخطاب فالتزويج ممن ترضاه المرأة فان رضيت هما جميعا نظر القاضي في الأصلح وأمر بتزويجه كذا ذكره البغوى وغيره اهـ روضة الطالبين : (٨٧/٧) .

(٤) ساقط من " ص " .

* مسألة *

قال الشافعي (رضي الله عنه)[1] ولو أذنت لكل واحد منهما أن يزوجها لا من رجل بعينه فزوجها كل واحد رجلا فقد قال رسول الله صلى الله عليه (وسلم)[2] اذا أنكح الوليان فالأول أحق[3].

---

(١) ساقط من "ص".

(٢) ساقط من "ص".

(٣) أخرجه الامام الشافعي كما في المسند صفحة (٢٢٦) عن الحسن عن رجل عن النبى صلى الله عليه وسلم وذكره وقال في الأم : (٥/١٧٩) ولا أدرى أسمع الحسن منه أم لا .
ورواه البيهقى في السنن : (٧ / ١٤٠) عن الحسن عن عقبة ابن عامر وقال هكذا رواه الشافعي رحمه الله في كتاب تحريم الجمع وفي الاملاء .
وأخرجه ابن أبى شيبة في المصنف : (٤ / ١٣٩) عن الحسن عن عقبة بن عامر مرفوعا " اذا انكح الوليان فهي للأول " .
ورواه البيهقى في السنن : (٧ / ١١٩) عن الحسن عن سمرة وقال هكذا رواية الجماعة وهو المحفوظ .
وأخرجه الدارمي في سننه : (٢ / ١٣٩) .
وأخرجه أحمد في مسنده : (٥ / ٨ - ١١ - ١٢) وحسنه البغوى في شرح السنه : (٩/٥٦-٥٧) قال ابن حجر في تلخيص الحبير ، وصححه أبو زرعة وأبو حاتم ، وصحته متوقفة على ثبوت سماع الحسن عن سمرة فان رجاله ثقات لكن اختلف فيه عن الحسن " أهـ
وأخرجه النسائى : (٧ / ٣١٤) ، والترمذى : (٣ / ٤١٨) ، وأبوداود (٢ / ٥٧١) كلهم عن الحسن عن سمرة بلفظ : ايما امرأة زوجها وليان فهي للأول منهما " ، وقال الترمذى حديث حسن .
وأخرجه الحاكم في المستدرك : (٢ / ١٧٥) وقال صحيح على شرط البخارى ووافقه الذهبي ، وأخرجه عبد الرزاق في المصنف: (٦ / ٢٣٢) ===

الى آخـــــر المسألـــة.[1]

وصورتها في امرأة لهـا وليان أذنت لكل واحـد منهما أن يزوجهـــا برجل لابعينـه يختاره لها من أكفائهـا فزوجها كل واحد من الوليـــين برجل غير الذى " زوجها به[2] " الآخر فلا " يخلو[3] " حال الزوجـــين من ثلاثـــة أقســام :

احدها : أن يكونـا معا غير كفؤين فنكاحهما " باطل[4] " فان لم يدخـــل بها واحد منهما فلاشئ عليهما " وان[5] " دخل بها أحدهـــما كان عليـه مهر مثلها دون المسمى ولا حد عليه " وان[6] " علـــم أنه غير كفء لأن من الفقهاء من يقف نكاحـه على الاجـــازه. فكان ذلك شبهـــة يدرأ بها الحد .

والقسم الثاني : أن يكون أحد الزوجـين كفؤا والآخر غير كفء فنكـــاح غير الكفء باطل ونكاح الكفء جائز سواء تقـدم نكاحـــــه أو تأخـر فان دخل بها غير الكفء فعليه مهر المثل ثم ينظـــر فان كان نكاحـه قد تقدم فلاحد عليـه سواء علم أولم يعـلم وعليها أن تعتد من إصابتـه وان كان نكاحه (قد)[7] تأخـــــر

=== قال الترمذى : (٣ / ٤١٨) والعمل على هذا عند أهل العــــلم لانعلم بينهم في ذلك خلافا " أهـ.

(١) انظر مختصر المزني صفحة (١٦٥).

(٢) ط " زوجـــه ".

(٣) ط " يخـلوا ".

(٤) في النسختين " باطلان ".

(٥) ص " فان ".

(٦) ط " فان ".

(٧) ساقط من " ط ".

فان علم بالحال فعليه الحد لارتفاع الشبهة ولاعدة عليها
لأنها لو جاءت بولد لم يلحق به " فان[١] لم يعلم به
فلاحد عليه وعليها العدة وان جاءت بولد لحق به وهي
محرمة على الكفء في زمان عدتها من غير الكفء .

والقسم الثالث: أن يكون الزوجان معا كفوين فلا " يخلو[٢] حال نكاحهما
من خمسة أقسام[٣] :

أحدها : أن يسبق أحدهما الآخر ويعلم أيهما هو السابق .

والثاني : أن يقع النكاحان معا ولا يسبق (أحدهما[٤]) الآخر.

والثالث: أن يشك هل وقع النكاحان معا أو سبق أحدهما الآخر.

(والرابع: أن يسبق أحدهما الآخر ويشك أيهما هو السابق)[٥].

" والخامس:[٦] أن يسبق أحدهما الآخر ويدعي كل واحد من الزوجين أنه هو
السابق .

* فصل *

فأما القسم الأول وهو أن يسبق أحدهما الآخر ويعلم أيهما هو
السابق " فالنكاح[٧] لأسبق الزوجين عقدا ، ونكاح الثاني المسبوق

---

(١) ص" وان " .

(٢) ط " يخلوا " .

(٣) ذكرها النووي في روضة الطالبين : (٨٨/٧) .

(٤) ساقط من " ص" .

(٥) ساقط من " ط " من قوله " والرابع " .

(٦) ط " والرابع" .

(٧) ص" بالنكاح " .

باطل سواء دخل هذا الثاني بها أو لم يدخل وبه قال من الصحابة علي بن أبي طالب ، ومن التابعين شريح ، والحسن البصري (١) ، ومن الفقهاء أبو حنيفة والأوزاعي ، وأحمد واسحق (٢).

وقال مالك : النكاح للأول الا أن يدخل بها الثاني (٣) ، وهو لا يعلم بنكاح الأول فيكون النكاح للثاني دون الأول (٤) ، وبه قال من الصحابة عمر ابن الخطاب ، ومن التابعين عطاء ، ومن الفقهاء الزهري (٥).

استدلالا بما روى أن موسى بن طلحة بن عبيدالله (٦) زوج أخته

---

(١) تقدمت ترجمتهم صفحة (١٣١ - ٢١٤ - ٣٦) .

(٢) انظر : المجموع شرح المهذب : (١٦ / ١٩٠ - ١٩١) ، المغني لابن قدامة : (٧ / ٥٩) ، والكافي : (٣ / ١٤) ، بدائع الصنائع : (٣ / ١٣٧٤) ، واسحق هو ابن راهوية .
انظر ترجمته ومن قبله صفحة : (٥٥ / ٢١٤ - ١٤٠ - ٢١٥) .

(٣) أو يتلذذ بها بمقدمات وطء فما فوق .

(٤) الخرشي على مختصر خليل : (٣ / ١٩١) .

(٥) انظر: المجموع شرح المهذب : (١٦ / ١٩٠) ، المغني لابن قدامه (٧ / ٥٩) ، وقد تقدمت ترجمة الزهري ، ومن قبله صفحة: (١٢٠ - ١٩٥ - ٢٢٥) .

(٦) هو موسى بن طلحة بن عبيد الله القرشي التيمي أبو عيسى ويقال أبو محمد المدني نزيل الكوفة .
قال العجلي : تابعي ثقة رجل صالح كوفي وكان خيارا " يقال انه أفضل ولد طلحة ، وقيل انه شهد الجمل مع أبيه واسره علي ثم أطلقه ، مات سنة ثلاث ومائة ، وقيل غير ذلك .
انظر: تهذيب التهذيب : (١٠ / ٣٥٠) ، تاريخ الثقات للعجلي صفحة (٤٤٤) .

يزيد بن معاوية[١] بالشام وزوجها أخوها يعقوب بن طلحة[٢] بالحسن ابن علي[٣] بالمدينة فدخل بها الحسن وهو الثاني من الزوجين

---

(١) هو يزيد بن معاوية بن أبي سفيان صخر بن حرب بن أمية أبو خالد مقدوح في عدالته وليس بأهل بأن يروى عنه ولد في خلافة عثمان وعهد اليه أبوه بالخلافة سنة ستين وأبى البيعة عبدالله بن الزبير ولاذ بمكة ثم خرج أهل المدينة الى يزيد وخلعوه بعد قتل الحسين رضى الله عنه فأرسل اليهم مسلم بن عقبة المرى وأمره أن يستبيح المدينة ثلاثة أيام وأن يبايعهم على أنهم عبيد ليزيد ففعل مسلم بهم الأفاعيل القبيحة وقتل من الصحابة وأبنائهم وخيار التابعين ثم توجه الى مكة فأخذه الله قبل وصوله وكان هلاك يزيد سنة أربع وستين.

انظر: تهذيب التهذيب : (١١ / ٣٦٠) ، ميزان الاعتدال : (٤ / ٤٤٠) .

(٢) هو : يعقوب بن طلحة بن عبيد الله التيمي القرشي يروى عن أبيه ، وروى عنه أهل المدينة ذكره ابن حبان في الثقات .

قتل يوم الحرة سنة ثلاث وستين .

انظر: الثقات لابن حبان (٥/ ٥٥٣) ، طبقات ابن سعد : (٥/ ١٢٢) .

(٣) هو الحسن بن علي بن أبي طالب الهاشمي سبط رسول الله صلى الله عليه وسلم وريحانته من الدنيا وأحد سيدى شباب الجنة كما في الحديث الصحيح وفضائله ومناقبه لا تعد ولا تحصى عن علي رضى الله عنه قال : أشبه الناس برسول الله صلى الله عليه وسلم من رأسه الى نحره الحسن " رواه الطبراني باسناد جيد ، مات بالمدينة سنة خمسين ، وقيل غير ذلك .

انظر: تهذيب التهذيب : (٢ / ٢٩٥ - ٣٠١) ، مجمع الزوائد : (٩/ ١٧٤) ، تاريخ الثقات للعجلي صفحة (١١٦-١١٧) .

ولم يعلم بما " تقدم[١] " من نكاح يزيد فقضي معاوية بنكاحها للحسن بعد أن أجمع معه فقهاء المدينة[٢]، فصار من سواهم محجوجا باجماعهم ولأنه قد تساوى العقدان في أن تفرد " بكل[٣] " واحد منهما ولي مأذون له ويرجح الثاني بما تعلق عليه من أحكام النكاح بالدخول من وجوب المهر والعدة ولحوق النسب فصار أولى وأثبت من الأول .

ولأن المتنازعين في الملك اذا انفرد أحدهما بتصرف ويد كان أولى[٤]، كذلك الزوجان .

ودليلنا قوله تعالى : (حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ) الى قوله : (وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ[٥]) يعني ذوات الأزواج فنص على تحريمها كالأم فلم يجز أن تحل بالدخول كما لا يحل غيرها من المحرمات.

---

(١) ط " تجدد ".

(٢) هذا الأثر أخرجه عبدالرزاق في المصنف : (٦ / ٢٣٣) أخبرنا ابن جريج قال أخبرني ابن مليكة أن موسى بن طلحة أنكح بالشام يزيد بن معاوية أم اسحاق ابنة طلحة وأنكح يعقوب ابن طلحة الحسن بن علي وأنكحها موسى قبل يعقوب فلم تمكث الا ليلتين أو ثلاثا حتى جامعها الحسن بن علي فلما بلغ ذلك معاوية قال امرأة قد جامعها زوجها دعوها قال وموسى ولي مالها وهما أخواها لأبيها " أهـ

(٣) ص " كل " .

(٤) انظر: المنهاج صفحة (٦٢٠) .

(٥) سورة النساء ، الآية (٢٣-٢٤) ،وتمامها : (حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الأَخِ وَبَنَاتُ الأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ

وروى قتادة عن الحسن[1]، عن سمرة[2]، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " ايما امرأة زوجها وليان فهي للأول منهما[3]، ذكره أبو داود[4]

=== أَصْلَابِكُمْ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا ، وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ " .

(١) تقدمت ترجمتها صفحة (٦٦ - ٣٦).

(٢) سمرة بن جندب بن هلال بن جريج بن مرة الفزارى يكنى أبا سعيد ، وقيل أبو عبدالرحمن وأبو عبدالله وأبو سليمان غزا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عدة غزواة وسكن البصرة وكان زياد يستخلفه عليها اذا صار الى الكوفة ويستخلفه على الكوفة اذا صار الى البصره فكان يكون في كل واحدة منهما ستة أشهر وكان شديدا على الخوارج كان اذا أتى بواحد منهم قتله ويقول شر قتلى تحت أديم السماء يكفرون المسلمين ويسفكون الدماء ، توفي سنة تسع وخمسين ، وقيل ثمان وخمسين بالبصرة .
انظر: أسد الغابة : (٢ / ٣٥٤ - ٣٥٥)، الاصابة : (٢ / ٧٩).

(٣) تقدم تخريجه صفحة (٥١٨).

(٤) هو الامام الحافظ أبو داود سليمان بن الأشعث بن اسحق بن بشير الأزدى السجستاني بكسر السين وفتحها والكسر أشهر والجيم مكسورة فيهما ، ويقال السجزى وسجزى هي سجستان ، ثقة حافظ اتفق العلماء على الثناء عليه ووصفه بالحفظ التام والعلم الوافر والاتقان الورع .
قال ابن حبان : " أبو داود أحد أئمة الدنيا فقها وعلما وحفظا ونسكا وورعا واتقانا وجمع وصنف وذب عن السنن " .
وقال ابن داسة سمعت أبا داود يقول كتبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم خمسمائة الف حديث انتخبت منها ماضمنته هذا الكتاب " . مات رحمه الله سنة خمس وسبعين ومائتين " .
انظر: تذكرة الحفاظ : (٢ / ٥٩١) ، طبقات المفسرين للداودى : ===

في سننه [(١)].

وروى الشافعي باسناد رفعه الى عقبة بن عامر [(٢)] أن النبي صلى الله عليه (وسلم) [(٣)] قال :" اذا نكح الوليان فالأول أحق [(٤)].

وروى أبو موسى الأشعري [(٥)] أن امرأة ذات وليين زوجها أحدهما

=== (١ / ٢٠٧)، وفيات الأعيان : (٢ / ٤٠٤) ، تهذيب التهذيب : (٤ / ١٦٩) ، تقريب التهذيب صفحة (١٣٢) ، طبقات الحفاظ للسيوطي صفحة (١٦١).

(١) (٢ / ٥٧١).

(٢) عقبة بن عامر بن عبس بن عدى بن عمرو الجهني الصحابي المشهور روى عن النبي صلى الله عليه وسلم كثيرا ، وروى عنه جماعة من الصحابة والتابعين كان قارئا عالما بالفرائض والفقه فصيح اللسان شاعرا كاتبا وهو أحد من جمع القرآن وعنه رضى الله عنه قال قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم المدينة وأنا في غنم لي أرعاها فتركتها ثم ذهبت اليه فبايعني على الهجرة " وكان رضى الله عنه هو البريد بفتح دمشق الى عمر رضى الله عنه وشهد صفين مع معاوية ، ومات في خلافته .
انظر : الاستيعاب : (٣ / ١٠٦) ، أسد الغابة : (٣ / ٤١٧) ، الاصابة : (٢ / ٤٨٩).

(٣) ساقط من " ص ".

(٤) تقدم تخريجه صفحة (٥٠٨) .

(٥) تقدمت ترجمته صفحة (٢٢٢).

بعبيد الله بن الحر الجعفي (١) وزوجها الآخر بعبيد الله بن الحسن الحنفي (٢)، وهو الثاني وتقاضيا الى علي بن أبي طالب (٣)، فقضى بالنكاح للأول منهما وهو عبدالله وأبطل نكاح عبيدالله مع دخوله (٤).

وقال رسول الله صلى الله عليه (وسلم) (٥) اذا نكح الوليان فالأول أحق (٦).

ويدل عليه من طريق الاعتبار أن كل نكاح لا يصح اذا عري عن الوطء لم يبطل (٧) اذا اتصل بالوطء كالنكاح في العدة ولا جماعنا أن رجلا لو وكل وكيلين

---

(١) ص " بعبد الله بن الحسين الثقفي " و ط " بعبد الله الحسن الحنفي ، والتصويب من مصنف عبد الرزاق : (٦ / ٢٦١) ، السنن الكبرى : (٧ / ١٤١) عبيد الله بن الحر الجعفي كان من قواد العرب ذوي النجدة كان أول أمره معدودا في أصحاب عثمان بن عفان رضي الله عنه فلما قتل تحيز الى معاوية بن أبي سفيان وشهد معه صفين فلما كان زمن عبد الله بن الزبير خرج عليه ولما خشي على نفسه الأسر ألقى بنفسه في الفرات فمات غريقا سنة ثمان وستين .
(انظر: تاريخ ابن الأثير - حوادث : ٦٨).

(٢) لم أجد له ترجمة.

(٣) تقدمت ترجمته صفحة (١٣١).

(٤) هذا الأثر أخرجه عبدالرزاق في المصنف : (٦ / ٢٣١) عن ابن جريج قال أخبرني عبدالكريم أن أبا موسى أخبره أن وليين كلاهما جائز نكاحه أنكح أحدهما عبيد الله بن الحر الجعفي وانكح الآخر آخر وأنكح عبيدالله قبل " مجمعهما الآخر " (*) فقضى بها علي بن أبي طالب لعبيدالله قال وأبو موسى جار لعبيد الله " .
وأخرج البيهقي في السنن : (٧ / ١٤١) نحوه من طريق خلاس قال الألباني في الارواء : (٦ / ٢٥٥) ورجاله ثقات لكنه منقطع خلاس لم يسمع من علي رضي الله عنه .
وأخرجه ابن أبي شيبة في المصنف : (٤ / ١٣٩) عن منصور عن ابراهيم بألفاظ متقاربه ، قال في الارواء : (٦ / ٢٥٥) وهذا اسناد رجاله ثقات مع انقطاعه " أهـ

(٥) ساقط من " ص " .   (٦) تقدم تخريجه صفحة (٥٠٨).

(٧) ط " لم يصح " .

(*) قال محقق المصنف حبيب الرحمن الأعظمي كذا في " ص " ولعل الصواب " قبل نكاحها الآخر " .

في أن يزوجه كل واحد منهما امرأة " فزوجاه " باختين ووكل كل واحد منهما أن يزوجه بأربع نسوة فزوجه كل واحد منهما أربعا أن نكاح الأول منهما أصح من نكاح الثاني وان اقترن به دخول فكذلك وليا المرأة يجب أن يكون نكاح الأول منهما أصح وان اقترن بالثاني دخول .

وتحريره أن بطلان نكاح الثاني اذا لم يقترن به دخول لا يوجب تصحيحه " فاذا[1] اقترن به دخول لا يوجب تصحيحه كوكيلي الزوج في اختين أو في أربع بعد أربع .

ولأن الدخول في النكاح جار مجرى القبض في البيع ثم ثبت "أن[2] وكيلين في بيع عبد لو باعه كل واحد منهما وأقبضه الثاني أن البيع للأول وان قبض الثاني كذلك الوليان في النكاح .

فاما الجواب عن استدلالهم بنكاح الحسن ويزيد[3] ، فهو أنه يجوز أن يكون " معاوية[4] استنزل يزيد عن نكاحها واستأنف عقد الحسن عليها .

واما استدلالهم بأن الثاني قد ترجح بما تعلق عليه من أحكام النكاح لأن المتعلق عليه أحكام الوطء بشبهة ولم يتعلق عليه أحكام

---

(١) ط " واذا " .

(٢) ط " أو " .

(٣) تقدمت ترجمتهما صفحة (٥١٢) .

(٤) تقدمت ترجمته صفحة (٤٦١) .

النكاح ، ثم هو باطل بالزوج اذا زوجه " وكيلاه[١] بأختين فان النكاح للأوله وان دخل بالثانيه .

واما استدلالهم بأن للمتنازعين تقدم صاحب اليد والتصرف منهما على صاحبه[٢] ، فليس لليد في النكاح تأثير وكذلك في الأملاك اذا كانت معروفة الأسباب ثم هو فاسد بنكاح الأختين .

* فصل *

واما القسم الثاني وهو أن يقع " النكاحان[٣] معا ولا يسبق أحدهما الآخر فالنكاحان باطلان لأنه لايجوز أن تكون المرأة ذات زوجين وان جاز أن يكون الرجل ذا زوجين لأن اشتراك الزوجين في نكاح امرأة يفضي الى اختلاط المياه وفساد الأنساب وليس هذا المعنى " موجودا[٤] في الزوج اذا جمع بين اثنتين واذا لم يصح اجتماع النكاحين ولم يكن تصحيح أحدهما بأولى من فساده وجب أن يكونا باطلين واذا بطل النكاح بما ذكرنا لم يخل حال الزوجين من ثلاثة أحوال :

أحدها : أن لا يكون قد دخل بها واحد منهما فهي خلية ولامهر لها على واحد منهما لفساد عقده وعدم اصابته ولأيهما شاء أن يستأنف العقد عليها .

والحال الثانية : أن يكون قد دخل بها أحدهما دون الآخر فمذهب

---

(١) ط " وكيل له " .

(٢) انظر: المنهاج صفحة (٦٢٠) .

(٣) ص " النكاح " .

(٤) ط " موجود " .

مالك أن النكاح يصح للداخل بها[1]، وما مضى من الدليل (عليه)[2] في تلك المسألة كاف في هذه ، ويكون نكاح الداخل بها باطلا كغير الداخل ، لأن الداخل بها ، عليه مهر مثلها بالاصابة وعليها منه العدة وله أن يستأنف نكاحها في زمان عدتها منه وليس على غير الداخل بها مهر ولا له العقد عليها الا بعد انقضاء العدة .

والحال الثالثة : أن يدخل بها الزوجان معا فعلى كل واحد منهما مهر المثل بالاصابة وعليها لكل واحد منهما العدة تبدأ بعدة " أسبقهما "[3] اصابة وليس له استئناف نكاحها الا بعد انقضاء العدتين لأنه يتعقب عدتها منه عدة من غيره فحرمت عليه في العدتين معا فاما الثاني منهما اصابة فليس له أن يتزوجها في عدة الأول وله أن يتزوجها في عدة نفسه .

* فصل *

واما القسم الثالث وهو أن يشك هل وقع النكاحان معا أو سبق أحدهما الآخر " فالنكاحان "[4] باطلان لأن العقد اذا تردد بين حالتي صحة وفساد حمل على الفساد دون الصحة اعتبارا بالأصل أن لا عقد حتى يعلم " بيقين "[5] صحته " واذا "[6] كان كذلك فالحكم فيهما كما لو وقعا معا فيكون على ما مضى من وجود الدخول وعدمه .

---

(١) انظر: صفحة (٥١١) .

(٢) ساقط من " ط " .

(٣) ط " أسبقها " .

(٤) ط " والنكاحان " .

(٥) ط " تبيين " .

(٦) ط " وان " .

* فصـــل *

واما القسم الرابع وهو أن يسبق أحدهما الآخر ويشك أيهما هـو السابق فهو على ضربين :

أحدهما : أن يطرأ بعد تقدم اليقين فيكون النكاحان موقوفين على ما " يرجى[1] من زوال الشك بعود اليقين لأن طرؤ الشك بعد تقدم اليقين يجوز أن يتعقبه يقين فعلى هذا تكون ذات زوج قد جهل عينه فتمنع من الأزواج وليس لواحد منهما اصابتها الا بعد اليقين بأنه الأسبق نكاحا .

والضرب الثاني : أن يكون الشك مقارنا للعقد لايتقدمه يقين فلا يكون النكاح موقوفا لأنه ليس يتوقع زوال الشك بعود " يقين[2] واذا امتنع وقف النكاحين كانا باطلين وهل يفتقر بطلانهما الى فسخ الحاكم (أم لا على وجهين :

أحدهما : لا يفتقر الى فسخ الحاكم[3]) ويكون الجهل المتقدم فسخا لأن الجهل بتعيين الأسبق هو المانع من تعيين الأصح فاقتضى أن يقع به الفسخ .

والوجه الثاني : أن لا يقع الفسخ الا بحكم الحاكم لأننا نعلم أن أحدهما زوج وان لم يعلم أيهما الزوج فلم ينفسخ نكاحه الا بحكم الحاكم الذى له مدخل في فسخ المناكح .

---

(١) ص " يرجا " " ط " يروجا " ، والمثبت هو الصواب .

(٢) ط " يقين تقدم " .

(٣) ساقط من " ط " من قوله " أم لا على وجهين " .

فان قيل بوقوع الفسخ بالجهل دون الحكم على الوجه الأول كان فسخا في الظاهر والباطن كما يمنع التوارث بين الفرقتين في الظاهر والباطن عند اشكال التقدم " وان[1] قيل بوقوع الفسخ بحكم الحاكم على الوجه الثاني فهل يقع في الظاهر والباطن أم لا على وجهين :

أحدهما : أنه فسخ في الظاهر والزوجية بينهما وبين الأول منهما باقية في الباطن لأن حكم الحاكم لا يحيل الأمور عما هي عليه .

والوجه الثاني : وهو أصح أن الفسخ يقع ظاهرا وباطنا لأن المرأة لما لم يحصل لها العوض عاد اليها المعوض كالبائع واذا أفلس المشترى بثمن سلعته عادت اليه بفسخ الحاكم ملكا في الظاهر والباطن .

* فصل *

واما القسم الخامس وهو أن يسبق أحدهما الآخر ويدعي كل واحد من الزوجين أنه هو السابق فان كان لأحدهما بينة عمل عليها وحكم بها فان كان الولي " العاقد[2] أحد الشاهدين لم تقبل لأنه شهد على فعل نفسه ولو كان ولي العقد " الآخر[3] شاهدا في هذا العقد قبل وان لم يكن لكل " واحد[4] من الزوجين بينة فلا " يخلو[5] حالهما من أحد أمرين : اما أن يدعيا علمها بأسبقهما عقدا ، أو لا يدعياه ، فان لم يدعياه لغيبتها عن العقد وجهلها بالأسبق تحالف الزوجان دون الوليين

---

(١) ط " فان " .

(٢) ص " في التعليق " .

(٣) ص " الآخرة " .

(٤) ط " لواحدة " .

(٥) ط " يخلوا " .

لأنهما المتداعيان ولا " يراعى[1] تصديق الوليين فان حلف الزوجان انفسخ " النكاحان[2] وهل يفسخ بنفس التحالف أو يفسخ الحاكم بينهما على وجهين مضيا في البيوع ، وان نكل الزوجان عن اليمين فسخ الحاكم " نكاحيهما[3] ولم " ينفسخ[4] الا بحكمه وجها واحدا " لأن نكول[5] " الناكل لا يمنع أن يكون محقا في دعواه فلم " يقع[6] بنكوله فسخ حتى يحكم به الحاكم " فان[7] حلف أحدهما ونكل الآخر قضى بالنكاح للحالف " منهما[8] دون الناكل فان دخل بها الناكل نظر حال دخوله فان كان بعد نكوله وتميز صاحبه فهو زان يحد ولا يلحق به الولد ولا يجب عليها العدة (فاما المرأة فان علمت بحال الناكل عند تمكينه من نفسها فهي زانية تحد ولا مهر لها ، وان لم تعلم فلاحد عليها[9]) ولها مهر مثلها وان كان الناكل قد دخل بها قبل نكوله وتميز صاحبه فلاحد عليه ولا عليها لبقاء شبهته في النكاح وعليها مهر مثلها وعليها العدة وان جاءت بولد لحق به وهي محرمة على الحالف حتى تنقضي عدة الناكل ولا نفقة لها في زمان العدة على واحد منهما ، أما الحالف فلأنها محرمة عليه وان كان زوجته لاعتدادها من غيره ، واما الناكل فلأنها

---

(١) في النسختين " يراعا " .

(٢) ط " النكاحان جاز " .

(٣) ط " نكاحهما " .

(٤) ط " يفسخ " .

(٥) ط " لئلا يكون " .

(٦) ص " يمنع " .

(٧) ط " وان " .

(٨) ط " بهما " .

(٩) ساقط من " ص " من قوله " فاما المرأة فان علمت "

ليست زوجته وان (كانت)[١] معدة منه الا أن تكون حاملا فهل يلزمه نفقتها أم لا على قولين ،

* فصــــل *

فان " ادعيا[٢] علمها في الابتداء وانها تعرف اسبقهما نكاحا فلها حالتان : حالة تعرف بالعلم ، وحالة لا تعرف به فان لم تعرف وقالت لست أعرف أيهما أسبق " بالعقد[٣] فالقول قولها مع يمينها وانما لزمها اليمين لأنها لو أقرت بعد الانكار كان قولها (في نكاح)[٤] من قدمته مقبولا فان حلفت أنها لا تعلم أيهما "أسبق[٥] بالعقد فالنكاحان باطلان وهل يبطل بمجرد يمينها أو يفسخ الحاكم على وجهين " ان[٦] قيل " قد بطل[٧] يمينها نكاح الزوجين وهي معترفة أن أحدهما زوج وان لم يتعين لها قيل لان يمينها تسقط عنها تمكين نفسها من كل واحد منهما واذا منعها الشرع من كل واحد منهما بطل " نكاحاهما[٨] وان نكلت عن اليمين ردت (اليمين)[٩] على الزوجين ، فان حلفا بطل " نكاحاهما[١٠] له

---

(١) ساقط من " ط " .

(٢) ط " ادعت ".

(٣) ط " العقد له ".

(٤) ساقط من " ط " .

(٥) ط " سبق " .

(٦) ط " فان " .

(٧) ط " فلم يبطل ".

(٨) ط " نكاحهما " .

(٩) ساقط من " ط " .

(١٠) ط " نكاحهما " .

وان نكلا فسخ " نكاحاهما "(١) وان حلف أحدهما ونكل الآخر قضى بنكاحهما للحالف منهما دون الناكل وان اعترفت (*) وقالت أعلم أن السابق بالعقد " منهما "(٢) هو زيد دون عمرو فالقول قولها وهي زوجة للمصدق ولأنها مالكة بضعها فقبل قولها في تصديق من ملكه عنها كما يقبل قولها في سائر أملاكها وهل عليها اليمين أم لا على قولين :

أحدهما : لا يمين عليها لأمرين :

أحدهما : انها لو رجعت عنه لم تقبل .

والثاني : أنه بينة كالشاهدين وهذا قوله في الأم.(٣)

والقول الثاني : أن اليمين عليها (**) واجبة لأمرين :-

أحدهما : أن المكذب مدع فلم " يدفع "(٤) مجرد الانكار الا مع يمين .

والثاني : أنه قد يتعلق برجوعها أن لو صدقته غرم " فلزمت "(٥) اليمين وهذا قوله في الاملاء ، ومثل هذين القولين في الراهن اذا صدق أحد المرتهنين هل يحلفه للمكذب أم لا على قولين وفيه أن يكون اختلاف قوليه في يمين الزوجة مبنيا على اختلاف قوليه " في تصديقها "(٦) للمكذب هل يوجب عليها مهر المثل أم لا فان قيل يوجب التصديق عليها مهر المثل حلفت على التكذيب " وان "(٧) قيل " لا "(٨) يجب لم تحلف .

---

(١) ط " نكاحهما ".

(٢) ط " بينهما ".

(٣) (٥ / ١٦ - ١٧).

(٤) ط " يرجع ".

(٥) ط " فلزم ".

(٦) ط " في تصديقهما ".

(٧) ط " فلو ".

(٨) ص " لم ".

(*) ص لوحه / ٩٥ ، (**) ط لوحه / ٦٥ .

* فصـــل *

فاذا تقرر توجيه القولين وبناؤهما فان قيل أنه لايمين عليها أو عليهـــا اليمين فحلفت ثبت النكاح للمصدق وكان نكاح المكذب مردودا ، وان قيـــل عليها اليمين فنكلت فلا " يخلو[1] حالها في النكول من أحد أمريـــن : اما أن يكون لاعتراف بالثاني أو لغير اعتراف به ، فان كان نكولها اعترافـــا للثاني بتقدم نكاحه لم يرد اليمين على أحد وقد صارت مقرة للأول ثـــم عدلت عنه الى اقرارها للثاني فثبت نكاحها للأول باقرارها ولم يقبـــل رجوعها عنه الى الثاني وجرى مجرى قولها في الابتداء سبق هذا بل هـــذا فتكون زوجة للأول دون الثاني كمن " بيده[2] دار فقال هي لزيد بل لعمرو " كانت[3] لزيد لمقر له أولا دون عمرو وان كانت بما سبق من الاقرار زوجـــة " للأول[4] دون الثاني فهل يلزمها أن تغرم للثاني مهر مثلها أم لا علـــى قولين ، كمن قال هذه الدار لزيد لابل لعمرو كانت لزيد وهل يغـــرم قيمتها لعمرو أم لا على قولين :

أحدهما : لايلزمها غرم المهر لاعترافها بما لزمها .

والقول الثاني : يلزمها غرم مهر مثلها " للثاني[5] لأنها قد فوتت نفسهـــا عليه باقرارها للأول فعلى هذا لو مات الأول صارت بعد موتـــه زوجة للثاني باقرارها المتقدم كمن أقر بدار لزيد ثم أقر بها لعمرو

---

(١) ط " يخلوا " .

(٢) ط " في يده " .

(٣) ط " وكانت " .

(٤) ص " الأول " .

(٥) ط " والثاني " .

كانت لزيد المقر له أولا فلو عادت الدار الى المقر بابتياعها أو هبة أو ميراث صارت لعمرو بالاقرار " المتقدم[١] فكذلك " هذه[٢] في مصيرها زوجة للثاني وعليها أن تعتد من الأول (و)[٣] ان كان لم يصبها بأربعة أشهر " وعشر[٤] وان كان قد أصابها بأكثر الأجلين من أربعة أشهر وعشر عند الوفاة أو ثلاثة أقراء عند الوطء وهي محرمة على الثاني في زمان عدتها من الأول وان كانت زوجته ، وان كان نكولها لغير اعتراف بل كانت على تكذيب الثاني وتصديق الأول " رد[٥] اليمين بعد " نكولها[٦] على المكذب فان نكل المكذب عنها استقر نكاح الأول ، وان حلف فقد قابل تصديق الأول بيمين " المكذب[٧] فيكون كيمين المدعي بعد نكول " المدعى[٨] عليه .

وقد اختلف قول الشافعي في يمين المدعي بعد نكول " المدعى[٩] عليه هل تقوم مقام البينة أو مقام الاقرار على قولين :

أحدهما : " أنها[١٠] تقوم مقام البينة فعلى هذا (هل)[١١] تكون زوجة

---

(١) ص " السابق المتقدم " .

(٢) ط " هذ " .

(٣) ساقط من " ط " .

(٤) ط " وعشرا " .

(٥) ط " و " .

(٦) ط " نكوله " .

(٧) ص " الكذب " .

(٨) في النسختين " المدعا " .

(٩) في النسختين " المدعا " .

(١٠) ط " انه " .

(١١) ساقط من " ص " .

للثاني ويزول عنها نكاح الأول كما لو أقام الثاني بينة بعد تصديقها للأول ، وهذا محكي عن أبي علي ابن خيران[١] ؛ مع بعده .

والقول الثاني : أنها تقوم مقام الاقرار فعلى هذا قد كان مع الأول اقرار منها وقد صار مع الثاني اقرار قد لزم عنها فصار اقرارين ؛

وقد اختلف أصحابنا فيهما هل يكون حكمهما حكم اقرارين وقعا معا (ويترتب أحدهما على الآخر على وجهين :

أحدهما : انهما في حكم اقرارين وقعا معا)[٢] لأن يمين الثاني أوجبها نكولها عن اليمين المستحقة بالاقرار الأول فلم يتقدم حكم أحد الاقرارين على الآخر ، وهذا قول أبي اسحق المروزي[٣] ، فعلى هذا يبطل النكاحان معا كما لو أقرت لهما في حالة واحدة .

والوجه الثاني : أنهما في حكم اقرارين مترتبين وقع أحدهما بعد الآخر لأن يمين الثاني جعلته في حكم المقر له وهي متأخرة فصار الاقرار له متأخرا عن الاقرار الأول وهذا قول جمهور أصحابنا .

فعلى هذا تكون زوجة " للأول "[٤] دون الثاني كما لو أقرت لثاني بعد أول .

وهل يرجع الثاني عليها بمهر مثلها أم لا على ما مضى من القولين[٥] ؛ فان طلب الثاني في هذه الحال احلاف الأول ففيه وجهان :

---

(١) تقدمت ترجمته صفحة (١٣٧) .

(٢) ساقط من " ص " من قوله : " ويترتب احدهما على الآخر " .

(٣) تقدمت ترجمته صفحة (٢٦٢) .

(٤) ط " الأول " .

(٥) صفحة (٥٢٥) .

أحدهما : ليس له احلافه لأن " المدعا[1] عليه غيره ، ولو مات لم تصر زوجة للثاني لأنها منكرة " وان[2] نزلت في بعض أحوالها منزلة المقرة .

والوجه الثاني : له " احلافه[3] ولو نزل عنها لحكم بها زوجة للثاني لاجرائنا عليها أحكام المقرة من غير تبعيض فهذا حكم المسألة وماانتهت " اليه[4] أقسامها وأحكامها .

* فصل *

ويتفرع على هذه المسألة أن يوكل الرجل وكيلين في أن يزوجاه بامرأتين في عقدين لزمه العقدان وصح نكاحهما له بخلاف المرأة اذا زوجها وليان لأن الرجل يجوز أن يكون ذا زوجتين ولايجوز أن تكون المرأت ذات زوجين فلو قال أحد الوكيلين زوجتك من زينب وزوجك صاحبي من هند وقال الآخر بل زوجتك بزينب وزوجك صاحبي من هند فلاتأثير لهذا الاختلاف والنكاحان على الصحة فلو زوجه الوكيلان بامرأة واحدة في عقدين صح نكاحه عليها والأول منهما له الحكم " والمهر[5] دون الثاني ، فان وقع العقدان في حال " واحدة[6] من وليين صح النكاح أيضا ،

---

(١) في النسختين " المدعا " .
(٢) ط " فان " .
(٣) ص " احلافهما " .
(٤) ص " اليها " .
(٥) ط " ولمهره " .
(٦) ط " واحد " .

فان اختلف المهران لم يحكم بواحدة منهما وكان لها مهر المثل فلو ادعت الزوجة تقدم أكثر العقدين مهرا وادعى الزوج تقدم أقلهما مهرا ولابينة لواحد منهما تحالفا وحكم لها بمهر المثل ولاتقبل شهادة الوكيلين فلو عقد الوكيل على امرأة غير الموكل عليها أو لم يعين ثم اختلفا فقال الوكيل قبلت العقد عليها لنفسي وقال الموكل بل قبلته لي فالقول قول الوكيل لأن له أن يفعل ذلك .

* فصل *

" واذا[1] قال رجل " لامرأة[2] أنت زوجتي فصدقته ثبت حكم نكاحها بالتصادق عليه .

وقال مالك[3] : لايثبت نكاحهما بالتصادق حتى يرى داخلا عليها وخارجا من عندها الا أن يكونا في سفر،[4] وحكى هذا عن الشافعي في القديم،[5] ومذهبه الجديد أصح ، لأنه ليس ظهور الدخول والخروج شرطا في صحة العقد " فلم[6] يكن شرطا في صحة الاعتراف واذا صح النكاح " بهذا[7] التصادق عليه فأيهما مات ورثه صاحبه ، ولكن لو قال الرجل هذه زوجتي ولم يكن " منهما[8] تصديق ولا تكذيب فان مات ورثته

---

(١) ط " فاذا " .

(٢) ط " لامرأته " .

(٣) تقدمت ترجمته صفحة (٧٥) .

(٤) انظر: الشرح الكبير للدردير : (٢ / ٢٣٢) .

(٥) انظر: (الأم : ٥ / ٢٢) ، (٧/٤٤) .

(٦) ط " ولم " .

(٧) ط " فبهذا " .

(٨) ط " منهما " .

وان مات لم يرثها نص عليه الشافعي في الأم[1]، "لأنه[2]" اعتراف لهما بما لم تعرف له بمثله فورثته ولم يرثها[3]

وعلى هذا لو قالت المرأة هذا زوجي ولم يكن منه تصديق ولا تكذيب ورثها ان ماتت ولم ترثه ان مات للمعنى الذى ذكرناه نص عليه في الاملاء[4]؛ وقال فيه ولو تزوج رجل امرأة من وليها " ثم[5]" مات عنها فقال وارثه زوجك وليك بغير اذنك فنكاحك باطل ولاميراث لك وقالت بل زوجني باذني فلي الميراث فالقول قولها مع يمينها لأن اذنها لايعلم الامنها. (والله أعلم)[6].

---

(١) (٥ / ٢٢).

(٢) ط " لا لأنه ".

(٣) ساقط من " ص " من قوله : " نص عليه الشافعي " .

(٤) انظر: روضة الطالبين : (٨٧/٧).

(٥) ط " من " .

(٦) ساقط من " ص " .

* مســـألة *

قال الشافعي (رضى الله عنه)[1] " ولو زوجها الولي من نفســه لم يجز كما لا يجوز أن يشـترى من نفسه[2].

اذا كان للمرأة ولي يحل (له)[3] نكاحها كابن عم أو مولى معتـق لم يجز أن يتزوجها بنفسـه وولايته حتى يزوجـه الحاكم بها.

وقال مالك، وأبو حنيفـة[4]: يجوز أن " يزوجها[5] من نفسه بعـد اذنها له[6].

وقال أحمد بن حنبل[7] يأذن لأجنبي حتى " يزوجـه[8] بهـا[9].

---

(١) ساقط من " ص " وفي " ط " رضى الله عنها.

(٢) انظر: مختصر المزني صفحة (١٦٥).

(٣) ساقط من " ط ".

(٤) تقدمت ترجمتهما صفحة (٥٥-٧٥).

(٥) ص " يتزوجها ".

(٦) انظر: الخرشي على مختصر خليل: (٣ / ١٩٠)، المبسوط للسرخسي: (٥ / ١٧-١٨)، فتح الرحيم على فقه الامـام مالك: (٢ / ٣٥).

(٧) تقدمت ترجمته صفحة (١٤٠).

(٨) ص " يزوجها ".

(٩) للامام أحمد روايتان: أحداهما له أن يزوج نفسه، ورجحهـا ابن قدامة. والثانية: لا يزوج نفسه حتى يولى رجلا.
قال ابن قدامة: وعلى هذه الرواية ان وكل من يقبل له العقـد وتولى هو الايجاب جاز.
انظر: المغنى: (٧/٢٥)، الكافي: (٣/٢٠)، شرح منتهى الارادات: (٣/٢٣).

واستدل من أجازه بقول الله تعالى : (وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ فِي يَتَامَى النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ)(١) .

قالت عائشة(٢) : " نزلت هذه الآية في شأن يتيمة في حجر وليها رغب في مالها وجمالها ولم يقسط لها صداقها " فنهوا(٣) أن ينكحوهن أو يقسطوا لهن في صداقهن(٤) .

فدل على أن للولي أن يتزوجها اذا " أقسط(٥) " في صداقها ،

---

(١) سورة النساء ، الآية (١٢٦) .

(٢) تقدمت ترجمتها صفحة (٤٨) .

(٣) ص " مهرا " .

(٤) أخرجه البخاري : (٩ / ١٩٧) ، ومسلم : (١٨ / ١٥٥) ، والبيهقي في السنن : (٧ / ١٤١ - ١٤٢) عن ابن شهاب أخبرني عروة ابن الزبير أنه سأل عائشة رضي الله عنها قال لها يا أمتاه : (وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى - الى قوله : (مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ) قالت عائشة يا ابن أختي هذه اليتيمة تكون في حجر وليها فيرغب في جمالها ومالها يريد أن ينتقص من صداقها فنهوا عن نكاحهن الا أن يقسطوا لهن في اكمال الصداق وأمروا بنكاح من سواهن من النساء قالت عائشة : استفتى الناس رسول الله بعد ذلك فأنزل الله : (وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ - الى قوله : وَتَرْغَبُونَ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ) واللفظ للبخاري .

(٥) ص " قسط " وهو من الاضداد يأتي بمعنى " عدل " وبمعنى " جار " واما " أقسط " فمعناه " عدل " لاغير .
انظر : الأضداد للأصمعي صفحة (١٩) ، والاضداد لابن السكيت صفحة (١٦٣) ، والأضداد للصاغاني صفحة (١٤٢) .

وبقوله صلى الله عليه (وسلم)[١] " لا نكاح الا بولي " وهذا نكاح قد عقده ولي .

ولأن النبي صلى الله عليه (وسلم)[٢] " أعتق صفية وتزوجها "[٣] ، ولم يكن لها سواه ، ولأنه نكاح بولي فجاز (ثبوته)[٤] كما لو تزوجها ولأن الولي انما يراد لئلا تضع المرأة نفسها " في[٥] غير كفء ووليها كفؤها .

ودليلنا مارواه هشام بن عروة[٦] عن أبيه[٧] عن عائشة[٨] أن النبي صلى الله عليه (وسلم)[٩] قال :" كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح سفاح خاطب وولي وشاهدا عدل "[١٠] فاعتبر في صحته حضور أربعة وجعل الخاطب منهم غير الولي فلم يجز أن يصح بثلاثة يكون الولي منهم خاطبا كما لم يجز أن يكون الشاهد منهم خاطبا .

---

(١) ساقط من " ص " .
(٢) ساقط من " ص " .
(٣) تقدم تخريجه صفحة (٨٩) .
(٤) ساقط من " ط " .
(٥) ط " من " .
(٦) تقدمت ترجمته صفحة (٢٢٧) .
(٧) عروة بن الزبير ، تقدمت ترجمته صفحة (٩٩) .
(٨) تقدمت ترجمتها صفحة (٤٨) .
(٩) ساقط من " ص " .
(١٠) تقدم تخريجه صفحة (١٣٨) .

وروى سعيد بن المسيب[1] عن النبي صلى الله عليه (وسلم)[2] أنه قال : " لايتزوج الرجل المرأة حتى يكون الولي غيره ولا يشترى الوالي شيئا من الغنيمة ولا الوصي شيئا من الميراث[3] وهذا نص " ومرسل سعيد عند الشافعي[4] حجة[5].

ولأنه عقد لايملك فيه البذل الا باذن فلم يملك فيه القبول كالوكيل في البيع لما ملك فيه البذل باذن موكله لم يملك فيه القبول في شرائه لنفسه وهي دلالة الشافعي ولايدخل على هذا القياس ابتياع الأب مال ابنه الصغير بنفسه حيث صار فيه مالكا للبذل والقبول لأن الأب يملك البذل بنفسه لا باذن غيره فجاز أن يملك فيه القبول وخالف الولي في النكاح كما خالف الوكيل في البيع ولأنه ذكر اعتبر في عقد النكاح احتياطا فلم يجز أن يكون زوجا كالشاهد ولأن الولي مندوب

---

(١) تقدمت ترجمته صفحة (٩٥) .

(٢) ساقط من " ص " .

(٣) لم أجده .

(٤) ط " ومرسله سعيد عن الشافعي " .

(٥) الحديث المرسل : هو قول التابعي قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كذا . وهو حجة عند الشافعي اذا اعتضد باسناد من راو آخر أو منه مرة أخرى أو رواه آخر مرسلا أو كان الراوى ممن عرف أنه لا يرسل الا عن ثقة .
قال ابن كثير: " واما الشافعي فنص على أن مرسلات ابن المسيب حسان قالوا لأنه تتبعها فوجدها مسندة " أهـ
انظر: فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت : (٢ / ١٧٤) مع المستصفى للغزالي ، الباعث الحثيث لابن كثير صفحة (٢٥) ، توضيح الأفكار : (١ / ٢٨٣ - ٢٨٨) ، رفع الاستار للمشاط صفحة (٨٠/٨١) .

لطلب الحظ لها في التماس من هو أكفأ " وأغنى[1] فاذا صار زوجا انصرف نظره الى حظ نفسه دونها فعدم في عقده معنى الولاية فصار متهوما منه .

فاما الجواب عن الآية ، فهو أن مااقتضته من جواز تزويج الولي بها لا يمنع منه اذا تزوجها من غيره وليس في الآية دليل على ما " اختلفنا[2] " فيه من جواز أن يتزوجها بنفسه .

وأما الجواب عن قوله (عليه السلام)[3] " لا نكاح الا بولي[4] " فهو أن هذا في حال تزوجه بها قد خرج أن يكون وليا لها لما ذكرنا من انصرافه عما وضع له الولي من طلب الحظ لها الى طلب الحظ لنفسه " فأما[5] " الجواب عن حديث " صفية[6] " فهو أن النبي صلى الله عليه (وسلم)[7] مخصوص بجواز النكاح بغير ولي عند كثير من أصحابنا فلم يجز أن يعتبر به حال غيره فاما على قول من اعتبر الولي في نكاحه فنقول لم يكن لصفية ولي غيره فصار في عقدة عليها كالامام اذا لم يجد لوليته وليا سواه يتزوجها منه فيكون على ماسنذكره .

---

(١) ط " أغنا " .

(٢) ط " اختلفا " .

(٣) ساقط من " ط " .

(٤) تقدم تخريجه صفحة (٢٢٢) .

(٥) ط " وأما " .

(٦) ص " سعيد " .

(٧) ساقط من " ص " .

وأما الجواب عن قياسهم أنه نكاح بولي ، فلانسلم أنه يكون وليا لها اذا تزوجها كما ذكرنا من زوال معنى الولاية عنه ثم المعنى في الأصل أن الباذل غير القابل .

وأما الجواب عن استدلالهم بأنه كفؤ " لمناسبته "[1] فلم يحتج الى ولي يلتمس الكفاءة (فهو أن الكفاءة)[2] ليست معتبرة بالنسب وحده وقد يجوز أن لايكافئها فيما سوى النسب من مال وعفاف (والله أعلم)[3].

* فصـــــل *

فاذا ثبت أنه ليس للولي أن يتزوجها بنفسه نظر فان كان في درجته من أوليائها أحد جاز له أن يتزوجها منه وان لم يكن لها الا من هو أبعد منه لم تنتقل الولاية الى " البعيد "[4] وزوجه الحاكم بها ، وقال قتادة[5] ، وعبيد الله بن الحسن[6] ، تنتقل الولاية الى من هو أبعد منه فيتزوجها منه .

---

(١) ط " لمناسبتهم " .

(٢) ساقط من " ص " .

(٣) ساقط من " ص" .

(٤) ط " الأبعد " .

(٥) تقدمت ترجمته صفحة (٦٦) .

(٦) عبيد الله بن الحسن بن حصين بن أبي الحر مالك بن الخشخاش ابن حبان العنبري القاضي . قال الآجري قلت لأبي داود عبيد الله ابن الحسن حجة قال كان فقيها ، وذكره ابن حبان في الثقات وقال كان من سادات أهل البصرة فقها وعلما ، مات سنة ثمان و ستين ومائة . انظر: الثقات لابن حبان : (٧/١٤٣) ، تهذيب التهذيب : (٧/٨) .

وهذا خطأ لأن ولايته لم تبطل بهذا القصد فلم تنتقل عنه الى الأبعد وصار بخطبتها كالعاضل فيزوجها الحاكم فلو كان هذا الولي هو الحاكم (لم يجز له أن يزوجها بنفسه بولاية الحكم كما)[1] لم يجز أن يتزوجها بولاية النسب وعدل الى الامام أو الى غيره من الحكام حتى يزوجه بها فلو كان هذا الولي هو الامام الأعظم ففيه لأصحابنا وجهان :
أحدهما : يجوز أن يتزوجها بنفسه لعموم ولايته " فان[2] الحكام كلهم من قبله كما تزوج النبي صلى الله عليه وسلم صفية بنفسه.[3] لهذا المعنى .
والوجه الثاني : (ان)[4] يتزوجها من حكام الوقت،[5] "لأن[6] ولايتهم وان كانت منه فهم بخلاف وكلائه لأنه ثابت عن كافة المسلمين في تقليد الحكام وثابت عن نفسه في تقليد الوكلاء ألا تراه لو مات بطلت ولاية وكلائه ولم تبطل ولاية حكامه ولذلك تحاكم عمر وأبي بن كعب[7] " الى[8] زيد بن ثابت.[9]

---

(١) ساقط من " ص" .
(٢) ص" وان " .
(٣) زواجه صلى الله عليه وسلم من صفية تقدم صفحة (٨٩) .
(٤) ساقط من " ط " .
(٥) قال في روضة الطالبين : (٧/ ٧١) وان كان الراغب الامام الأعظم زوجه بعض قضاته على الصحيح ".
(٦) ص" لا " .
(٧) تقدمت ترجمته صفحة (٨٦) .
(٨) ط" ان " .
(٩) هو زيد بن ثابت بن الضحاك بن زيد بن لوذان بن عمرو الأنصارى أبو سعيد ويقال أبو خارجة المدني قدم النبي المدينة وهو ابن احدى عشرة سنة وكان يكتب له الوحي،قال سفيان وهو أحد ===

وحاكم علي يهوديا الى شريح (١).

=== الأربعة الذين قال رسول الله خذوا القرآن منهم، وقال الشعبى غلب زيد الناس على اثنين الفرائض والقرآن ، وقال مسروق زيد بن ثابت من الراسخين في العلم ، مات سنة خمس وأربعين ، وقيل غير ذلك .
انظر: تهذيب التهذيب : (٣ / ٣٩٩) ، كتاب فضائل الصحابة للامام أحمد : (١ / ٣٩٠).

(١) علي بن أبى طالب والقاضي شريح تقدمت ترجمتهما صفحة : (١٣١-٢١٤) ، وقصة علي مع اليهودى ذكرها السيوطى في تاريخ الخلفاء صفحة : (١٨٤-١٨٥) فقال :" أخرج الدراج في جزئه المشهور بسند مجهول عن ميسرة عن شريح القاضي قال : لما توجه علي الى صفين افتقد درعا له فلما انقضت الحرب ورجع الى الكوفة أصاب الدرع في يد يهودى فقال لليهودى الدرع درعي لم أبع ولم أهب ،فقال اليهودى درعي وفي يدى فقال نصير الى القاضى فتقدم على فجلس الى جنب شريح وقال : لولا أن خصمي يهودى لاستويت معه في المجلس ولكنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول :" أصغروهم من حيث أصغرهم الله " فقال شريح قل ياأمير المؤمنين فقال : نعم هذه الدرع التى في يد هذا اليهودى درعي لم أبع ولم أهب فقال شريح : ايش تقول يايهودى ،قال درعي وفي يدى فقال شريح ألك بينة ياأميرالمؤمنين قال نعم قنبر والحسن يشهدان أن الدرع درعى ،فقال شريح : شهادة الابن تجوز للأب فقال على رجل من أهل الجنة لا تجوز شهادته ،سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الحسن والحسين سيدا شباب أهل الجنة فقال اليهودى : أمير المؤمنين قدمنى الى قاضيه وقاضيه قضى عليه أشهد أن هذا هو الحق ، وأشهد أن لا اله الا الله وأشهد أن محمدا رسول الله ،وأن الدرع درعك " أهـ

* فصـــل *

ولـو أراد الولي أن يزوج وليته بابنه كولي " هو[١] عم " فأراد[٢] أن يزوج بنت أخيه بابنه فان كانت صغيرة لم يجز لأن الصغيرة لايزوجها غير أبيها أو جدها ، وان كانت كبيرة وابنه صغير لم يجز أن يزوجه بها[٣] ، لأنه يصير باذلا للنكاح عنها وقابلا له عن ابنه فاجتمع البذل والقبول من جهته فلم يصح كما لم يصح أن " يزوجها[٤] " لنفسه لحصول البذل والقبول فيه من جهته وان كان ابنه كبيرا ففي جواز تزويجه بها وجهان :

أحدهما : يجوز[٥] ، لأنه وان كان باذلا فالقابل غيره وهو الابن فلم يجتمع البذل والقبول من جهة واحدة .

والوجه الثاني : لايجوز أن يزوجها ، لأنه يميل بالطبع الى طلب الحظ لابنه دونها كما لم يجز أن يزوجها لنفسه[٦] .

لهذا المعنى " فاما[٧] " الجد اذا أراد أن يزوج بنت ابنه بابن ابن له آخر فان كانا كبيرين جاز لاعتدال السببين في ميله اليهما وطلب الحظ لهما وان كانا صغيرين فعلى وجهين مضيا أحدهما يجوز لهذا المعنى .

والثاني : لايجوز البذل والقبول من جهته .

---

(١) ط " هم " .

(٢) ط " وأراد " .

(٣) على المذهب: انظر: روضة الطالبين : (٧١/٧) .

(٤) في النسختين " يتزوجها " .

(٥) على المذهب : انظر: روضة الطالبين : (٧١/٧) .

(٦) في النسختين " يتزوجها بنفسه " .

(٧) ط " وأما " .

* مســـألة *

قال الشافعي (رضى الله عنه)[١] " ويزوج الأب أو الجـد البنـت " التى[٢] يؤس من عقلها لأن لها فيه عفافا " وغنى[٣] وربما كان شـفاء وسواء كانت بكرا أو ثيبـا[٤] .

وهذه المسألة قد مضت فيما قدمناه من التقسيم ،فإذا كانت مجنونـة لم يخل حالها من أحد أمرين : إما أن تكون بكرا أو ثيبا ،فإن كانـت بكرا زوجها أبوها أو جدها صغيرة كانت أو كبيرة لأن للأب اجبـار البكر في حال العقد " فكان[٥] أولى أن يجبرها في حال الجنون فإن لـم يكن لها أب ولا جد نظر فإن كانت صغيرة لم يكن لأحد من أوليائهـا ولا " للحاكم[٦] أن يزوجها حتى تبلغ فإذا بلغت زوجها الحاكم دون عصبتها المناسـبين لاختصاصه بفضل النظر في الولايـة على مالها ،وإن كانت ثيبا نظر فإن كانت كبيرة زوجها أبوها أوجدها فان لم يكن لهـا أب أو جد زوجها الحاكم دون سائر العصاب ، وإن كانت صغيرة ثيبا فليـس لغير الأب والجد تزويجها حتى تبلغ وهل للأب والجد تزويجها قبـل البلوغ أم لا على وجهين :

---

(١) ساقط من " ص " .

(٢) ط " الذى " .

(٣) في النسختين " غناء " بالمد ، والمثبت هو الصواب كما تقدم صفحة (٦٨) .

(٤) انظر مختصر المزني صفحة (١٦٥) .

(٥) ط " وكانت " .

(٦) ص " الحاكم " .

أحدهما : لايجوز حتى تبلغ لأنه لاحاجة بها إلى " الزواج[١] " قبل البلوغ وهذا قول أبي علي ابن أبي هريرة[٢] .

والوجه الثاني : أنه يجوز له تزويجها قبل البلوغ،[٣] بخلاف العاقلة " التي[٤] " يرجى صحة إذنها بالبلوغ ولا يرجى صحة اذن المجنونة بعد البلوغ فافترقا .

فاما قوله[٥] " فإن لها فيه عفافا " وغنى[٦] " وربما كان شفاء[٧] " فهذا تعليل لجواز تزويج البالغ المجنونة ،

فاما العفاف فيريد به من الزنى ، وأما " الغنى[٨] " فيعني باكتساب المهر والنفقة ، واما الشفاء فربما كان (جنونها)[٩] من حدة الماخوليا[١٠] ، وشدة الشبق،[١١] فتبرأ ان جومعت . والله أعلم .

---

(١) ط " النكاح " .

(٢) تقدمت ترجمته صفحة (٢٦٢) .

(٣) على الصحيح : انظر : روضة الطالبين : (٧ / ٩٥) .

(٤) ط " الذي " .

(٥) يعني : الشافعي رحمه الله .

(٦) في النسختين " وغناء " والمثبت هو الصواب .

(٧) انظر: مختصر المزني صفحة (١٦٥) .

(٨) في النسختين " الغناء " والمثبت هو الصواب كما تقدم صفحة (٦٨) .

(٩) ساقط من " ص " .

(١٠) شبق الرجل شبقا فهو شبق من باب تعب : هاجت شهوة النكاح .

انظر: المصباح المنير: صفحة (٣٢٤) ، فقه اللغة للثعالبي صفحة (٦٧) .

* مسألة *

قال الشافعي (رضي الله عنه)[١] " ويزوج المغلوب على عقله أبوه اذا كانت به الى ذلك حاجة ، ويزوج ابنه الصغير فان كان مجنونا أو مخبولا كان النكاح مردودا لأنه لا حاجة به اليه "[٢] وهذا كما قال لا " يخلو[٣] حال الابن اذا أراد الأب " أن يزوجه[٤] من " أحد حالين[٥] اما أن يكون عاقلا أو مجنونا ، فان كان عاقلا لم يخل حاله من[*] أن يكون بالغا أو صغيرا فان كان بالغا فلا ولاية عليه للأب في نكاحه فان زوجه بغير اذنه كان النكاح باطلا حتى يكون هو المتولي للعقد أو الاذن فيه وان كان صغيرا جاز للأب تزويجه في صغره " فان ابن عمر زوج ابنا له وهو صغير[٦] ولأنه محتاج اليه في الأغلب اذا بلغ " فعجل[٧] الأب له ذلك ليألف صيانة الفرج وربما رغب الناس فيه لكفالة الأب فان زوجه واحدة لزمه نكاحها وليس له بعد البلوغ خيار فان أراد الفراق فبالطلاق وان أراد الأب تزويجه بأكثر من واحدة ففيه وجهان :

---

(١) ساقط من " ص " .

(٢) انظر : مختصر المزني صفحة (١٦٥)

(٣) ط " يخلوا " .

(٤) ط " تزويجه " .

(٥) ط " احدى حالين " .

(٦) انظر المهذب : (٢ / ٤٠).

(٧) ص " فمعجل " .

(*) ص لوحه / ١٠٠

أحدهما : لايجوز لأن له في الواحدة " غنى (١)

والوجه الثاني : وقد حكى عن الشافعي نصا أنه يجوز أن يزوجه تمام أربع (٢) ، لأن معنى الواحدة موجود فيهن .

وان كان الابن مجنونا فله حالتان : صغير وكبير فان كان صغيرا لم يكن للأب تزويجه لعدم حاجته باجتماع جنونه مع صغره (٣) .

وان كان للأب تزويج بنته الصغيرة المجنونة (٤) .

والفرق بينهما أن البنت قد تكتسب بالتزويج المهر والنفقه والابن يلتزمهما ، وان كان الابن بالغا فان لم يكن به الى التزويج حاجة لم يزوجه وان كان محتاجا وحاجته تكون من أحد وجهين اما أن يرى متوثبا على النساء (لكثرة شهوته) (٥) " وقوة (٦) شبقه (٧) .

واما أن يحتاج الى خادم وخدمة الزوجة أرفق به لفضل حنوها وكثرة شفقتها فيجوز له حينئذ تزويجه بواحدة لايزيد عليها لأن (له) (٨)

---

(١) في النسختين " غناء " والمثبت هو الصواب كما تقدم صفحة (٦٨) .

(٢) قال في المنهاج صفحة (٣٧١) وله - أى الأب فالجد - تزويج صغير عاقل أكثر من واحدة " .

قال في التحفة : (٧/ ٢٨٥) ولو أربعا ان رآه مصلحة لأن له من النظر والشفقة مايحمله على أن لا يفعل ذلك الا لغرض صحيح " أهـ .

(٣) انظر : المنهاج صفحة : (٣٧٠) .

(٤) انظر : المنهاج صفحة : (٣٧٠) .

(٥) ساقط من " ط " .

(٦) ط " لقوة " .

(٧) الشبق شدة الرغبة للنكاح كما تقدم صفحة (٥٤١) .

(٨) ساقط من " ط " .

فيها " غنى[١] فإن أفاق من جنونه كان النكاح على لزومه فاما " المغمى[٢] "
عليه فلايجوز للأب تزويجه لأن الاغماء مرض " يرجى[٣] " سرعة زواله بخلاف
الجنون فأما الذى يجن في زمان ويفيق فى زمان فليس للأب تزويجه لاسيما
إن كان زمان افاقته أكثر لأنه قد يقدر على العقد في زمان الافاقة .

---

(١) في النسختين " غناء " والمثبت هو الصواب كما تقدم صفحة (٦٨) .
(٢) في النسختين " المغما " .
(٣) في النسختين " يرجا " .

* مسـألة *

قال الشافعي (رضي الله عنه)[1] " وليس لأب المغلوب على عقله أن يخالع عنه "[2] وهذا صحيح اذا زوج الأب ابنه المجنون أو تزوج الابن وهو عاقل ثم جن فليس للأب أن يخالع عنه لأن الخلع لا يتم الا بالطلاق والطلاق لا يقع الا من الأزواج .

روى ابن عباس أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه (وسلم)[3] فقال يارسول الله اني زوجت عبدي " وأريد " أن أطلقها منه فقال " ليس لك طلاقها انما الطلاق لمن أخذ بالساق "[4] .

---

(١) ساقط من " ص " .

(٢) انظر: مختصر المزني صفحة (١٦٥) .

(٣) ساقط من " ص " .

(٤) أخرجه ابن ماجة في سننه : (١ / ٦٧٢) ، والدارقطني : (٤ / ٣٧ - ٣٨) ، والبيهقي في السنن : (٧ / ٣٦٠) كلهم عن ابن عباس رضي الله عنه قال : " أتى النبي صلى الله عليه وسلم رجل فقال يارسول الله ان سيدي زوجني أمته وهو يريد أن يفرق بيني وبينها قال فصعد رسول الله صلى الله عليه وسلم المنبر فقال : " ياأيها الناس مابال أحدكم يزوج عبده أمته ثم يريد أن يفرق بينهما انما الطلاق لمن أخذ بالساق " واللفظ لابن ماجه .
قال البوصيري في الزوائد : (٢ / ١٣١) : " هذا اسناد ضعيف لضعف ابن لهيعه ، وقد روى من أوجه أخرى مرفوعا وفيها ضعف " أهـ ، قال الألباني في الارواء : (٧ / ١٠٩ - ١١٠) بعد أن ذكر مجموع طرقه : " وبالجملة فقد رجح عندي أن الحديث بهذه المتابعة حسن والله أعلم " .
وقال ابن القيم في الزاد : (٤ / ٨٠) وحديث ابن عباس وان كان في اسناده مافيه فالقرآن يعضده وعليه عمل الناس " أهـ

===

ولأن الطلاق ازالة ملك يقف على شهوات النفوس لا يراعى فيه الأصلح والأولى ، لأنه قد يطلق العفيفة الجميلة ويمسك الفاجرة القبيحة فلم يجز أن " يراعى(١) " فيه شهوة غير المالك (و)(٢) لأن تصرف الولي في حق غيره يعتبر فيه المصلحة دون الشهوة فلذلك لم يكن للولي أن يطلق على المولى عليه وجاز أن يبيع ماله عليه اعتبارا بالمصلحة فيه فافترقا .

فاذا لم يكن للأب أن يطلق على ابنه الصغير أو المجنون فكذلك العبد " لا(٣) " يجوز أن يخالع عنه لأنه " معاوضة(٤) " على طلاق لا يصح منه (والله أعلم)(٥) .

=== وقوله :" انما الطلاق لمن أخذ بالساق " أى : الطلاق حق الزوج الذى له أن يأخذ بساق المرأة لا حق المولى .

(١) ط " يراعا " .

(٢) ساقط من " ص" .

(٣) ط " فلا " .

(٤) ص" معاونة " .

(٥) ساقط من " ص" .

* مسـألة *

قال الشافعي (رضى الله عنه)[1] " ولا يضرب " لامرأته[2] أجل العنين لأنها ان كانت ثيبا فالقول قوله أو بكرا لم يعقل عن يدفعها عن نفسه بالقول انها تمنع منه[3].

وهذا كما قال اذا ادعت " امرأة المجنون[4] عليه العنة لم يسمع دعواها لأنه لا حكم لقوله ولا على وليه لأن ثبوته يوجب حقا على غيره " وان[5] لم صدقها الولي على عنته جاز أن يضرب لها أجل العنة لأنه لو كان عاقلا " لجاز[6] أن ينكرها وهكذا لو كان الزوج عاقلا " فيضرب[7] لها أجل العنة ثم جن قبل انقضاء المدة لم يجز اذا انقضت المدة وهو على جنونه أن يخير في فسخ نكاحه ، لأنه لو كان عاقلا لجاز أن يدعي وطئها ان كانت ثيبا ومنعها ان كانت بكرا فيكون القول قوله في الحالين

---

(١) ساقط من " ص" .

(٢) ط " امرأته " .

(٣) انظر: مختصر المزني صفحة (١٦٥) .

(٤) ط " المرأة المجنونة " .

(٥) في النسختين " ولا أن " والمثبت هو الصواب .

(٦) ص" جاز " .

(٧) ط " فضرب " .

* مسـألة *

قال الشافعي : ولا يخالع عن المعتوهة ولا "يبرئ"[1] زوجها من درهم من مالها "[2].

وهذا صحيح لايجوز للأب أن يخالع عن بنته المجنونة من مالها لأمرين :

أحدهما : أنه مأمور بحفظ مالها وهذا استهلاك .

والثاني : أنه مندوب الى طلب الزيادة في كسبها لا الى اسقاطه وهذا يسقط نفقتها ومهرها ان لم يدخل بها فأما ان خالع الأب عنها من مال نفسه جاز خلعه لأنه لو خالع عن أجنبية عاقلة بمال "نفسه"[3] وهي غير عالمة ولا مريدة صح خلعه فعن بنته المجنونة أولى .

* فصـل *[4]

قال الشافعي ولا "يبرئ" زوجها من درهم من مالها ، وهذا على ضربين :

أحدهما : أن يكون من غير الصداق فلا يجوز للأب أن يبرئ منه .

والثاني : (أن يكون)[5] صداقا فعلى ضربين :-

---

(١) ط "يبرأ" .

(٢) انظر: مختصر المزني صفحة (١٦٥) .

(٣) ط "لنفسه" .

(٤) ط "مسألة" .

(٥) ساقط من "ص" .

أحدهما : أن يكون قد دخل بها فلايجوز للأب أن يبرىء منه لأنه كسائر أموالها .

والضرب الثاني : أن لا يكون قد دخل بها فعلى ضربين :-

أحدهما : أن يكون على الزوجية لم يطلق فلايجوز للأب أن يبرى منه .

والثاني : أن تكون قد طلقت ففي جواز ابراء الأب منه قولان مبنيان على اختلاف قوليه في الذى بيده عقدة النكاح :

أحدهما : وهو قوله في القديم[1] وبه قال مالك أنه الأب[2] فعلى هذا يجوز للأب والجد دون غيرهما من الأولياء أن يبريا من صداقها .

والقول الثاني : قاله في الجديد ، وبه قال أبو حنيفة أنه الزوج[3] فعلى هذا يجوز للأب والجد (أن يبريا منه)[4] كما لا يجوز لغيرهما من الأولياء أن يبريا من شيء من صداقها كما لم يجز أن يبريا من غير الصداق من سائر أموالها[5] .

فاما الخلع فعلى ظاهر قوله أنه لايجوز وكان بعض أصحابنا يخرج من هذا القول وجها آخر أنه يجوز للأب أن يخالع عنها بصداقها لأنه لما جاز

---

(١) في رواية الزعفراني عنه . انظر: أحكام القرآن للشافعي : (١/ ٢٠٠) سنن البيهقي : (٧ / ٢٥٢) .

(٢) قال القرطبي في تفسيره : (٣ / ٢٠٧) ، روى ابن وهب وأشهب عن مالك أن الذى بيده عقدة النكاح الأب في ابنته والسيد في امته " .

(٣) انظر: أحكام القرآن للشافعي : (١/ ٢٠٠) ، الأم (٥/ ٦٦) ، القرطبي (٣ / ٢٠٧) .

(٤) ساقط من " ط " .

(٥) ط " أمولهما " .

الابراء منه على غير بدل كان جوازه على بدل أولى ، وهو جمع فاسد والفرق بينهما من وجهين :

أحدهما : أن الابراء يجوز بعد الطلاق وفي الخلع يكون مبريا منه قبل الطلاق .

والثاني : " أن في الابراء ترغيبا "[1] للأزواج فيها وفي الخلع " تزهيد "[2] لهم فيها فاختلف المعنى " فيهما "[3] فافترقا (والله أعلم)[4].

---

(١) ص " ان الابراء ترغيب " .
(٢) ط " تزهيدا " .
(٣) ط " فيهما " .
(٤) ساقط من " ط " .

* مسـألة *

قال الشافعي (رضي الله عنه)[١] " فان هربت وامتنعت فلا نفقة لها[٢] " وهذا صحيح اذا هربت بالجنون من زوجها ومنعته من نفسها صارت ناشزا وسقطت نفقتها لأن النفقة عوض في مقابلة تمكين فإذا لم يوجد التمكين الذى هو معوض بطل مافي مقابلته من النفقة التى هي عوض كالسلعة إذا تلفت في يد البائع بطل مافي مقابلتها من الثمن.

فان قيل فالجنون عذر وليست فيه عاصية فهلا كانت نفقتها مع تعذر الاستمتاع باقية كما لو مرضت أو صلت وصامت.

قيل حقوق الأموال بين الآدميين يستوى في وجوبها وسقوطها حكم المطيع والعاصي "والمعذور[٣]" وغير المعذور الا ترى أن البائع لو تلفت السلعة في يده بجائحة " سماوية فهو[٤] " معذور مطيع وقد سقطت مافي مقابلتها من الثمن كما لو استهلكها بنفسه فصار عاصيا غير معذور كما أن الزوجة لو سافرت في الحج سقطت نفقتها وإن كانت مطيعة كما لو هربت ناشزا في معصية فكذلك حال المجنونة.

فأما المريضة فهي غير ممتنعة وانما المرض منعه منها كما يمنع الحيض ولو منعه في المرض ماأمكن أن يستمتع به من المريضة من نظر وقبلة ولمس سقطت نفقتها ، فأما ماوجب من صلاة وصيام فالشرع قد " استثنى[٥] " زمانه من الاستمتاع كما أن زمان النوم مستثنيا . والله أعلم.

---

(١) ساقط من " ص ".

(٢) انظر: مختصر المزني صفحة (١٦٥).

(٣) ص " المعذور ".

(٤) ط " سماء هو ".

(٥) ط " استثنا ".

* مسألة *

قال الشافعي (رضى الله عنه)[1] " ولا ايلاء عليه فيها وقيل له اتق الله فيها أفيء أو طلق[2].

أما قوله لا ايلاء عليه فلم يرد أنه لا يصح منه الايلاء فيها لأن الايلاء يمين تصح من الزوج في العاقلة فصحت منه في المجنون " وانما[3] أراد (به)[4] " ان لا[5] يطالب بحكم ايلائه فيها وان صح ايلاؤه منها فاذا " مضت[6] على الزوج مدة الايلاء أربعة أشهر " وهي[7] على جنونها أو " آلى[8] منها وهي عاقلة فانقضت مدة الايلاء وقد حنث فالحكم فيهما سواء وليس للولي مطالبة الزوج بفيئة ولا طلاق لأن المطالبة (به)[9] حق لها يرجع فيه الى " شهوتها[10] في العفو عنه أو المطالبة به ولا يصح منها مع الجنون مطالبة ولا " للولي[11] فيه مدخل فيطالب لكن يقال للزوج ينبغى لك وان لم يجب عليك المطالبة بحقها أن تتق الله تعالى فيها فتفيئ أو تطلق لتكون خارجا من حق الايلاء أن لو كانت مطالبة ، حتى لا يكون مرتهنا بحق يقدر على الخروج منه قبل المطالبة به.

---

(١) ساقط من " ص " .

(٢) انظر: مختصر المزني صفحة (١٦٥) .

(٣) ط " فانما " .

(٤) ساقط من " ط " .

(٥) ط " انه " .

(٦) ص " مضى " .

(٧) ط " وهو " .

(٨) في النسختين " الا " والمثبت هو الصواب .

(٩) ساقط من " ص " .

(١٠) ص " شهرتها " .

(١١) ط " لولي " .

* مسألة *

قال الشافعي (رضي الله عنه)(١) " وان قذفها وانتفى " من(٢) ولدها فالتعن فاذا التعن وقعت الفرقة ونفى الولد وان أكذب نفسه لحق به الولد ولم يعذر(٣) ".

وهذا صحيح اذا قذف الرجل زوجته المجنونة بالزنى فلاحد عليه لقوله تعالى : (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً(٤)).

والمحصنة الكاملة بالعقل والعفاف ، ولأن حد القذف يجب للحرة المعرة بالمقذوف والمجنونة لا يلحقها بالزنى عار لأنها لا تفرق بين القبيح والحسن ولا بين المباح " والمحظور(٥) " ولأن حد القذف على القاذف في مقابلة(*) حد الزنى على المقذوف والمجنونة لو ثبت زناها لم تحد فلم يجب على قاذفها حد " فان(٦) " لم يرد الزوج أن يلاعن " فلا يقال(٧) " وان أراد اللعان لم يخل حال زوجته المجنونة من أحد أمرين اما أن تكون ذات ولد أو خلية من ولد فان كانت ذات ولد كان له أن يلاعن منها لينفي باللعان

---

(١) ساقط من " ص " .
(٢) ص " عن " .
(٣) انظر: مختصر المزني صفحة (١٦٦) .
(٤) سورة النور ، الآية (٤) .
(٥) ص " المحذور " ط " المحضور " والمثبت هو الصواب .
(٦) ط " وان " .
(٧) لعل صوابه " فلا يطالب " .

(*) ط لوحه / ٧٠ .

ولدها فاذا لاعن " انتفى[1] " عنه الولد ووقعت الفرقة بينهما على التأبيد ، وان لم يكن لها ولد ففي جواز اللعان " منها[2] " وجهان :-

أحدهما : يلاعن ليستفيد بلعانه تحريم التأبيد .

والوجه الثاني : وهو أصح أنه لا يجوز أن يلاعن لأن مقصود اللعان درأ الحد ونفي الولد الذى لا يقدر عليه بغير اللعان وقد " عدم[3] " وليس يجب عليه بقذفها حد فلم يجز أن يلاعن فلو عاد هذا الزوج بعد نفي الولد بلعانه فأكذب نفسه لحق به الولد ولم يزد التحريم المؤبد لأن لحوق الولد " حق عليه[4] " وزوال التحريم حق له " ومن[5] " أقر بما عليه لزمه " ومن[6] " أقر بماله لم يقبل منه فاما تقريره بعد رجوعه فقد قال الشافعي هاهنا " لم يعذر[7] " ، وقال في موضع آخر يعزر ، وليس هذا على اختلاف قوليه وانما التعزير على ضربين :

أحدهما : تعزير قذف .

والثاني : تعزير أذى .

فأما تعزير القذف فهو في قذف من لم يكمل حاله من المكلفين كالكفار والعبيد فلا يجب على المسلم الحرفي قذفهم حد لكن يجب فيه التعزير بدلا من الحد

---

(١) ط " انتفا " .

(٢) ص " فيهـا " .

(٣) ص " عهـد " .

(٤) ط " عليه حق " .

(٥) ط " وان " .

(٦) ط " وما " .

(٧) انظر: الأم : (٥/٢٦) ، مختصر المزني صفحة (١٦٦) .

ويكون حقا للمقذوف يرجع الى خياره في استيفائه " أو[1] العفو عنـــه ،
وأما تعزير " الأذى[2] فهو في قذف غير المكلفين من الصغار والمجانـين
فهذا التعزير فيه لمكان الأذى يستوفيه الامام ان رأى ويكون الفرق بينـــه
وبين تعزير القذف من وجهين :

أحدهما : وجوب هذا واباحـة ذاك .

والثاني : رد هذا الى خيار المقذوف ورد ذلك الى (رأى)[3] الامـــام

واذا كان كذلك كان قول الشافعي هاهنا لم يعزر محمولا علـــى
تعزير القذف ، وقوله في الموضع الآخر أنه يعزر محمولا علـــى
تعزير الأذى)[4] .والله أعلم .

---

(١) ط " و " .
(٢) ص " اا ذى " .
(٣) ساقط من " ص " .
(٤) ساقط من " ص " .

* مســـــألة *

قال الشافعي : " وليس له أن يزوج ابنته الصبية عبدا ولا غير كـفء ولا مجنونا ولا مخبولا ولا مجذوما ولا أبرص"(١) وهذا كما قال على الأب اذا أراد أن يزوج بنته أن يطلب الحظ لها في اختيار الأزواج واذا كان كذلـك لم يكن له أن يزوج بنته الصغيرة عبدا ولا مدبرا ولا مكاتبا ولا من فيه جزء من الرق وان قل لنقصهم بالرق عن حال الأحرار ولا يزوجهـا غير كفء لما يلحقها من العار ولا يزوجها مجنونا لأنه لا يؤدى حقهـا ولا يؤمن عليها .

ولا يزوجها مخبولا والمجنول هو الزائل العقل كالمجنون الا أن المجنـون هو " المختل"(٢) الذى لا يؤمن "عدواه"(٣) والمخبول هو الساكن المأمـون العدوى ، ولا يزوجها مجذوما ولا أبرص لأن النفس تعافهما وربما حدث منهما عدوى اليها والى الولد فقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قـال " فروا من المجذوم فراركم من الأسد "(٤).

---

(١) انظر: مختصر المزني صفحة (١٦٦) .

(٢) ص" المحتذ " .

(٣) ط "عداوة " .

(٤) أخرجه الامام أحمد في مسنده : (٢ / ٤٤٣) ، والبخارى فـي صحيحه : (١٠ / ١٥٨) ، والبيهقي في السنن : (٧ / ١٣٥) ، ولفظ البخارى : " لا عدوى ولا طيرة ولا هامة ولا صفر وفر مـن المجذوم فرارك من الأسد " .
قال في الفتح : (١٠ / ١٥٨) ، والجذام : هو علة رديئة تحدث من انتشار المرة السوداء في البدن كله فتفسد مزاج الأعضاء" أهـ وفي المصباح صفحة (١٠٣) ، الجذام : يقطع اللحم ويسقطه " .

ولا يزوجها خصيا[1] ، ولا مجبوبا[2] ؛ " لنقصهما[3] " بالخصاء والجب عن كمال الاستمتاع .

* فصل *

" فأما[4] تزويج بنته الكبيرة بأحد هؤلاء فان كانت ثيبا " يجب[5] " استئذانها " فان استأذنها[6] " فيهم وأعلمها بهم جاز وان استأذنها فيهم فعلى وجهين :

أحدهما : يجوز لأنه عن اذن كالثيب .

والثاني : لايجوز لأن استئذانها (لا)[7] يجب فأشبهت الصغيرة .

* فصل *

فان زوج بنته بمن فيه أحد هذه العيوب وكانت هي من ذوات العيوب فعلى ضربين :

---

(١) في المصباح صفحة (١٨٤) خصيت العبد اذا سللت خصيته .

(٢) الجب : بفتح الجيم وتشديد الباء هو قطع الذكر أو بعضه والباقي دون الخشفه ، كذا في اعانة الطالبين : (٣ / ٣٣٥) .

(٣) ط " لنقصها " .

(٤) ط " وأما " .

(٥) ص " يجوز " .

(٦) في النسختين " فاستأذنها " والمثبت هو الصواب لاستقامة المعنى .

(٧) ساقط من " ص " .

أحدهما : أن يختلف عيباهما فيكون الزوج مجذوما وهي برصاء أو مجبوبا وهي رتقاء،[1] لم يجز .

والضرب الثاني : أن يتماثل عيباهما فيكونا مجنونين أو أبرصين فعلى وجهين :

أحدهما : وهو قول أبي على ابن أبى هريرة،[2] يجوز لتكافئهما .

والوجه الثاني : وهو الأصح أنه لا يجوز لأن الانسان قد يعاف من غيره مالا " يعاف "[3] من نفسه وقد يؤمن المجنون على نفسه ولا يؤمن على غيره .

* فصل *

فاذا تقرر ماوصفنا وزوج بنته بمن لا يجوز أن يزوجها (به)[4] من أصحاب هذه العيوب فهذا على ضربين :

أحدهما : أن يزوجها بهم " عالما "[5] بعيوبهم فالنكاح باطل لأنه أقدم على عقد وهو ممنوع منه .

والضرب الثاني : أن يكون غير عالم بعيوبهم ونقصهم ففي العقد قولان :-

أحدهما : باطل لما ذكرنا ،

والثاني : جائز ويستحق " به "[6] خيار الفسخ لأن شراء الوكيل مايراه معيبا

---

(١) الرتق : هو انسداد محل الجماع بعظم.
انظر: اعانة الطالبين : (٣ / ٣٣٥).

(٢) تقدمت ترجمته صفحة (٢٦٢).

(٣) ط " يعافه " .

(٤) ساقط من " ط " .

(٥) ص " علما " .

(٦) ص " فيه " .

بعد العقد لا يوجب فساد العقد ولكن يوجب خيار الفسخ فعلى هذا هل يجب على الأب فسخ العقد في الحال أو يكون موقوفا على خيارها اذا بلغت فيه وجهان :

أحدهما : يجب عليه أن يفسخ ليستدرك بالفسخ ماكان ممنوعا منه في وقت العقد .

والوجه الثاني : أنه يكون الفسخ موقوفا على خيارها اذا بلغت لأن لها في العقد حقا فلم يكن للأب تفويته عليها بفسخه .

* مسألة *

قال الشافعي (رضي الله عنه)[1]، " وليس له أن يكره أمته على واحد من هؤلاء بنكاح[2]".

وهذا صحيح للسيد أن يجبر أمته على النكاح ليكتسب بذلك المهر والنفقة ولا يجبر السيد على نكاحها اذا طلبت لأنها فراش (له[3])

واذا كان للسيد اجبارها فليس له أن يكرهها على نكاح مجنون ولا مجذوم ولا أبرص ولا مجبوب لأنها تملك في حق النكاح الاستمتاع بدليل أن لها المطالبة بحق الايلاء والعنة دون السيد واستمتاعها بما ذكرنا من ذوى النقص والعيوب لا يكمل لنفور النفس عنهم فمنع السيد من تزويجها بهم .

فأما العبد فله تزويجها به وكذلك بمن لا يكافئ الحرة في حال أو نسب لكمال استمتاعها بهم مع كونهم " أكفاءها[4] " فان خالف السيد " وزوجها[5] " بمن ذكرنا من ذوى النقص والعيوب ففي النكاح قولان على ماضى .

أحدهما : باطل . والثاني : جائز ، ويستحق فيه الفسخ وفيه وجهان :

أحدهما : على السيد أن يفسخ .

والثاني : أنه مردود الى خيارها[6].

---

(١) ساقط من " ص " .

(٢) انظر: مختصر المزني صفحة (١٦٦) .

(٣) ساقط من " ص " .

(٤) ط " أكفاء " .

(٥) ط " فزوجها " .

(٦) انظر: المهذب : (٢ / ٤٨ - ٣٨) .

فاما اذا أراد السيد بيعها على مجنون " او[1] مجذوم " او[2] أبرص " او[3] مجبوب فله ذلك وليس لها الامتناع .

والفرق[*] بين النكاح والبيع أن مقصود النكاح الاستمتاع فأثر فيه مامنع منه ولذلك لم يصح نكاح من لا يحل الاستمتاع بها من الأخوات والعمات وليس المقصود في البيع الا الملك دون الاستمتاع ، ولذلك جاز من لا تحل من الأخوات والعمات فجاز له بيعها على من لا تقدر على الاستمتاع به كما يجوز له بيعها على امرأة ، ولهذا المعنى قلنا في الأمة أن لها القسم في عقد النكاح على الزوج وليس لها " في المال[4] " قسم على السيد .

---

(١) ص" و " .

(٢) ص" و " .

(٣) ص" و " .

(٤) ص" في الملك " .

(*) ص لوحه / ١٠٥ .

* مسألة *

(قال الشافعي رضي الله عنه)[1] " ولا يزوج (أحد)[2] أحدا ممن به احدى هذه العلل ولا من لا " يطاق جماعها[3] " ولا أمة لأنه ممن لا يخاف العنت "[4].

وهذا كما قال لما ذكر الشافعي منع الأب والسيد من تزويج بنته وأمته بمن ذكرنا عيبه يمنع (الأب)[5] والسيد أن يزوج ابنه وعبده بهم، فلا يجوز للأب أن يزوج ابنه الصغير بمجنونة ولا " ممن "[6] به العيوب التي ذكرنا لتعذر استمتاعه بهن وعدم الحظ له في نكاحهن وكذلك لا يزوجه بأمة يسترق ولده منها لأنها لا تحل الا لخوف العنت وهو مأمون في الصغير فان زوجه بواحدة من هؤلاء ففي النكاح قولان على ما مضى :

أحدهما : باطل .

والثاني : جائز ، وفي الفسخ وجهان :

أحدهما : أن على الأب تعجيله .

والثاني : أنه موقوف على خيار الابن اذا بلغ .

---

(١) ساقط من " ص " .

(٢) ساقط من " ص " .

(٣) ط " يطيق جماعهما " .

(٤) انظر: مختصر المزني صفحة (١٦٦) .

(٥) ساقط من " ص " .

(٦) ص " من " .

* فصـــــــل *

" فأما[1] العبد " فهل[2] للسيد اجباره على النكاح أم لا على قولين:

أحدهما[3]: ليس له اجباره لأنه من ملاذه وشهواته .

والقول الثاني: له اجباره كما يجبر أمته .

ولمن قال بالأول أن يفرق بين العبد والأمة بأن له في تزويج الأمـــة اكتساب المهر والنفقة وطيه في تزويج العبد التزام المهر والنفقة فافترقـــا .

واذا جوز له اجبار عبده على النكاح لم يكن له أن يكرهه على نكاح مـــن بها أحد هذه العيوب لنفور النفس عنهم وتقـذر استمتاعه بهن وله أن يزوجه بالأمة لأنها تكافئه وأنه لايعتبر في نكاحه " بها[4] " عيب ليس فيـــه وهل للأب والسيد اذا كان في ابنه وعبده أحد هذه العيوب أن يزوجـــه بمن يساويه في العيوب على مامضى من الوجهين .

---

(١) ط " وأما " .

(٢) ط " فليس " .

(٣) وهو الأصح كما في التنبيه صفحة(٩٤) .

(٤) ط " لها " .

* مسـألة *

قال الشافعي (رضي الله عنه)[1] " وينكح (أمة)[2] المرأة وليها باذنها "* وهذا كما قال اذا كان للمرأة أمة لم يكن لها تزويج أمتها بنفسها حتى تأذن لوليها في تزويجها لأنه لما لم يكن (لها)[3] تزويج نفسها فأولى أن لا يكون لها تزويج أمتها وجوزه أبو حنيفة[4]، بناء على أصله في أن لها تزويج نفسها فجاز لها أن تزوج أمتها وقد مضى الكلام معه[5].

واذا كان كذلك لم يخل حالها من أحد أمرين : اما أن تكون بالغا أو صغيرة ، فان كانت اعني هذه السيدة بالغا رشيدة لم يكن لأحد من أوليائها تزويج أمتها الا باذنها وسواء كانت السيدة بكرا أو ثيبا وسواء كان الولي أبا أو عصبة ممن يجبرها على النكاح أم لا ، لأن هذا التصرف في مالها وهي رشيدة لا يجوز التصرف في مالها بغير اذنها فاذا أذنت لوليها الذى هو أحق الأولياء بنكاحها في تزويج أمتها جاز له تزويجها ، فان لم يكن لها ولي مناسب زوجها الحاكم باذنها ولا " يراعى "[6] اذن الأمة مع اذن " السيدة "[7] لأن الأمة تجبر على النكاح فلم يلزم استئذانها فيه.

---

(١) ساقط من " ص " .

(٢) ساقط من " ط " .

(٣) ساقط من " ص " .

(٤) تقدمت ترجمته صفحة (٥٥) .

(٥) صفحة (٢١٥) .

(٦) ص " يراط " .

(٧) ط " السيد " .

* انظر مختصر المزني صفحة (١٦٦)

* فصـــــل *

« فإن »[1] كانت السيدة صغيرة غير بالغ لم يكن لأحد من أوليائهـــا سوى الأب والجد تزويج أمتها وفي جوازه للأب والجد وجهان :

أحدهما : وهو قول أبى اسحق المروزى ، وأبى سـعيد الاصطخرى[2] ، يجـوز لهما تزويجها كما يزوجان سيدتها مع مافيه من اكتساب المهـر والنفقـة .

والوجه الثاني : أنه لا يجوز " لهما "[3] تزويجها حتى تبلغ السيدة فتـأذن لأن تزويج الأمة نقص الى نقصان ثمنها وربما أدى الحبل الـى تلفها وذلك ضرر يمنع منه .

وهل للأب اذا كان لابنه الصغير أمة أن يزوجها أم لا علـى هذين الوجهين اعتبارا بما ذكرنا من تعليلها .

* فصـــــل *

فأما اذا كان لها عبد فأذنت له في التزويج فان كان العبد صغيرا لم يجز لأن الصغير يمنع من مباشـرة العقد وفي المتولي لتزويجـــه وجهان :

أحدهما : وليها في النكاح كالأمة .

والوجه الثاني : من تأذن له من الناس لأن ولي النكاح يراعى في الزوجـة دون الزوج ، وان كان الزوج بالغا فالصحيح أن له أن يسـتزوج

---

(١) ط " وان " .

(٢) تقدمت ترجمتهما صفحة (٢٦٢ - ١٥٠) .

(٣) ط " لها " .

باذنها وحدها كالسيد وفيه وجه آخر لبعض أصحابنا ، أنه لا يجوز أن يتزوج حتى بأذن له وليها فيجوز له باجتماع الاذنين أن يتزوج لأن اذن المرأة في النكاح لايتم الا بولي ، وهذا خطأ لأن العبد ممنوع من النكاح بحق الملك فاستوى اذن المالك والمالكة كسائر الأموال .

* مسـألة *

قال الشافعي (رضى الله عنه)[١] " وأمة العبد المأذون له في التجارة ممنوعة من السيد حتى يقضى دينا ان كان عليه ويحدث له حجرا ثم " هي[٢] أمته فلو أراد السيد أن يزوجها دون العبد أو العبد دون السيد لم يكن ذلك لواحد منهما[٣].

اعلم أن مافي يد العبد المأذون له في التجارة كالمرهون على مافي ذمته من ديون معاملاته لضعف ذمته بالرق فصار مافي يده مستحقا في ديونه " فلو[٤] اشترى أمة " من[٥] مال التجارة لم يكن للعبد وطئها بحال لأن العبد لايملكها ، فأما السيد اذا أراد وطئها فان كان على العبد دين " من[٦] معاملاته فالسيد ممنوع من وطئها لتعلق دينه بها كما يمنع من وطء المرهونة لما يفضى اليه وطئها من (الاحبال الذى ربما أدى الى التلف وكذلك يمنع من)[٧] تزويجها لافضائها الى نقصان ثمنها وسواء كان (الدين)[٨] الباقي من ثمنها أو من ثمن غيرها

---

(١) ساقط من " ص " .

(٢) ص " هو " .

(٣) انظر: مختصر المزني صفحة (١٦٦) .

(٤) ص : " ولو " .

(٥) ط " في " .

(٦) ط " في " .

(٧) ساقط من " ط " .

(٨) ساقط من " ط " .

الا أن يكون من قيمة متلف فيتعلق برقبته ولا يتعلق بما في يده فان " قضى [١] العبد جميع ديونه أو قضاها السيد عنه فهذا على ضربين :-

أحدهما : أن يعيد السيد الحجر عليه ويمنعه من التجارة فيجوز للسيد حينئذ أن يطأ الأمة التي اشتراها العبد وان يزوجها ان شاء وليس للعبد أن يزوجها بغير اذن السيد وهل يجوز له تزويجها باذنه أم لا على وجهين :

أحدهما : لا يجوز لأن الرق يمنع من ولاية النكاح .

والثاني : يجوز لأن الرق يمنع من استحقاق الولاية بنفسه ولا يمنع من النيابة عن غيره كسائر العقود .

والضرب الثاني : (أن) [٢] لا " يعيد " [٣] الحجر عليه بعد قضاء دينه ففي " جواز [٤] وطء السيد لها وتزويجه اياها وجهان :

أحدهما : وهو الأصح يجوز (له) [٥] لزوال ماتعلق بها من حق .

والوجه الثاني : لا يجوز وهو قول أبي علي بن أبي هريرة [٦] ، لأنه لا يؤمن أن " يغتر " [٧] الناس بالاذن المتقدم فيعاملونه على مافي يده حتى " يتعلق " [٨] الحجر ويظهر الرجوع .

---

(١) في النسختين : " قضا " .

(٢) ساقط من " ط " .

(٣) ط " يعقد " .

(٤) ص " تزويج " .

(٥) ساقط من " ط " .

(٦) تقدمت ترجمته صفحة (٢٦٢) .

(٧) ط " يعقد " .

(٨) ط " يعلق " .

* مســــألة *

قال الشافعي (رضى الله عنه)[١] " ولا ولاية للعبد بحال ولو اجتمعا على تزويجها لم يجز "[٢].

وهذا صحيح لا يملك العبد ولاية النكاح على أحد من مناسبته لنقصه بالرق " فانه "[٣] لا يملك ولاية نفسه " فكان "[٤] أولى أن لا يملك الولاية على غيره وكذلك المدبر والمكاتب ومن فيه جزء من الرق وان قل لأن أحكام الرق عليهم " جارية "[٥] وتنتقل الولاية (عنهم)[٦] الى من هو أبعد منهم نسبا من الأحرار ، وهل يجوز أن يكون العبد ومن " ذكرناه "[٧] وكيلا نائبا في عقد النكاح أم لا على ثلاثة أوجه :

أحدها : يجوز أن يكون وكيلا نائبا " عن "[٨] الولي في البذل وعن الزوج في القبول وهذا قول أبي الطيب بن سلمة[٩].

والوجه الثاني : (أنه)[١٠] لا يجوز أن ينوب " فيه "[١١] عن الولي في البذل ولا عن الزوج في القبول وقد مضى تعليل هذين الوجهين[١٢].

---

(١) ساقط من " ص " .

(٢) انظر: مختصر المزني صفحة (١٦٦) .

(٣) ط " وانه " .

(٤) ط " وكان " .

(٥) ط " جائزة " .

(٦) ساقط من " ص " .

(٧) ط " ذكرنا " .

(٨) ص " على " .

(٩) تقدمت ترجمته صفحة (١٤٥) .

(١٠) ساقط من " ص " .

(١١) ط " عنه " .

(١٢) صفحة : (٥٦٨) .

والوجهُ الثالث[1] : أنه لا يجوز أن ينوب فيه عن الولي في البذل ويجوز أن ينوب عن الزوج في القبول[2] ، لأن النيابة من قبل الزوجة ولاية ومن قبل الزوج وكالة والعبد لا يجوز أن يكون وليا ويجوز أن يكون وكيلا ، فاما قول الشافعي " ولو اجتمعا[3] على تزويجها لم يجز[4] فيعنى أن السيد والعبد لو اجتمعا على تزويج الأمة التى اشتراها العبد قبل قضاء دينه لم يجز وليس " لاجتماع "[5] العبد مع سيده قوة يستحق بها السيد " تزويج "[6] الأمة مالا يستحق بانفراده .

---

(١) ط " الثاني " .

(٢) قال النووى : " ولا ولاية لرقيق ويجوز أن يتوكل لغيره في قبول النكاح باذن سيده قطعا وبغير اذنه على الصحيح ولا يصح توكيله في الايجاب على الأصح عند الجمهور " أهـ
انظر: روضة الطالبين : (٧ / ٦٢) .

(٣) ط : " واجتمعا " .

(٤) انظر: مختصر المزني صفحة (١٦٦) .

(٥) ط " الاجماع " .

(٦) ط " من تزويج " .

* مسـألـة *

قال الشافعي (رضى الله عنه)[١] في باب الخيار من قبل " النسب[٢] "

ولو انتسب العبد لها حرا فنكحته وقد أذن له سيده ثم علمت أنه " عبد[٣] " وانتسب الى نسب وجد دونه وهي فوقه ففيها قولان :

أحدهما : أن لها الخيار لأنه منكوح بعينه " وغرر بشيء[٤] " وجد دونه .

والثاني : أن النكاح مفسوخ كما لو أذنت في رجل بعينه فزوجت غيره[٥] "

وصورتها في امرأة تزوجت رجلا على أنه حر " فكان[٦] " عبدا فان نكح بغير اذن سيده (فالنكاح باطل وان نكح باذن سيده[٧]) نظر في الشرط " فان[٨] " لم يقترن بالعقد وتقدم عليه أو تأخر عنه فالنكاح جائز وان اقترن بالعقد ففي بطلان النكاح قولان[٩] ،

وهكذا لو تزوجت على أنه ذو نسب شريف كهاشمي أو قرشي

---

(١) ساقط من " ص " .

(٢) ط " السيد " .

(٣) في النسختين " عبدا " والمثبت هو الصواب .

(٤) ط " وفحار بشى " و " ص " " وغار " ، والتصويب من مختصر المزني صفحة (١٦٦) .

(٥) انظر: مختصر المزني صفحة (١٦٦) .

(٦) ط " وكان " .

(٧) ساقط من " ط " .

(٨) ط " وان " .

(٩) الصحيح ينعقد .
انظر: المهذب : (٢/ ٥٠) .

" فكان[1]" غير ذي نسب أو عجميا أو نبطيا[2]، وكان الشرط مقارنا للعقد ففي النكاح قولان[3]، وهكذا لو تزوجت على أنه شاب فكان شيخا أو على أنه طويل " فكان[4]" قصيرا أو على أنه جميل " فكان[5]" قبيحا أو على أنه أبيض " فكان[6]" أسود أو على أنه غني فكان فقيرا ففي النكاح قولان .

وهكذا لو نكحها على شرط أدنى فكان أعلى مثل أن يتزوجها على أنه عبد فكان حرا أو على أنه نبطي[7]، فكان عربيا أو على أنه شيخ فكان شابا أو على أنه قصير فكان طويلا أو على أنه قبيح فكان جميلا أو على ضد ماذكرنا ففي النكاح قولان[8].

---

(١) ط " وكان " .

(٢) يقال رجل نباطي بالكسر والضم منسوب الى النبط وهم قوم ينزلون بالبطائح بين العراق،والجمع أنباط ،سمو نبطا لاستنباطهم مايخرج من الأرضين .
انظر: المشوف المعلم : (٢ / ٧٤٧) ، مختار الصحاح صفحة : (٦٤٣) ، لسان العرب : (٧ / ٤١١) .

(٣) الصحيح ينعقد . انظر: المهذب : (٢/ ٥٠) .

(٤) ط " وكان " .

(٥) ط " وكان " .

(٦) ط " وكان " .

(٧) تقدم معنى النبطي

(٨) أحدهما لها الخيار لأنها مارضيت أن يكون مثلها ، والثاني لا خيار لها لانها لا نقص عليها في حق الكفاءة " أهـ.
المهذب : (٢/ ٥٠) .

وحكم الشرط اذا وجد زائدا عليه كحكمه اذا وجدنا قصاعنه وسواء كان اختلافهما في الحرية أو في النسب أو في الصفة "فان"[١] عقد النكاح في هذه الأحوال كلها على قولين :

أحدهما : أن النكاح باطل لأمرين :-

أحدهما : أن الصفة فى عقد النكاح تجرى مجرى العين في عقود المعاوضات لجواز الاقتصار عليها وان لم يشاهد "العين"[٢] وأنه لا يجوز في عقود المعاوضات الاقتصار على صفة العين حتى يشاهد تلك العين فاقتضى أن يكون خلاف الصفة في النكاح (جار في ابطال النكاح[٣]) مجرى خلاف العين في البيع في ابطال البيع .

والثاني :[٤] أن اذن المرأة في نكاحه على هذه الصفة فتكون "بخلافها"[٥] (فجرى[٦]) مجرى اذنها لوليها أن يزوجها "بمن"[٧] هو على خلافها ، ولو كان هذا لكان النكاح باطلا فكذلك في مسائلنا .

---

(١) في النسختين " في أن " والمثبت هو الصواب .
(٢) ط " الغير" .
(٣) ساقط من " ط" .
(٤) من الأمرين :
(٥) ط " بخلافه ".
(٦) ساقط من " ص" .
(٧) ص" من " .

والقول الثاني : وهو قول أبي حنيفة[(١)] واختيار المزني[(٢)] : أن النكاح صحيح[(٣)] .

ووجهه شيئان :-

أحدهما : أنها " صفات[(٤)] لا يفتقر صحة النكاح الى ذكرها فوجب أن لا يبطل النكاح بخلافها كالصداق اذا وصف فكان بخلاف صفته .

والثاني : أنه منكوح بعينه وغار بشيء وجد دونه فصار ذلك منه تدليسا ينقص وتدليس العيوب في العقود يوجب الخيار ولا يوجب الفسخ كالعيوب " في البيع[(٥)] كذلك النكاح . والله أعلم .

* فصــــل *

فاذا تقرر توجيه القولين ، فان قلنا بالأول أن النكاح باطل فان لم يكن الزوج قد دخل بها فرق بينهما وعليه مهر مثلها لمكان الشبهة ولا حد عليه والولد لاحق به وان قلنا بالقول الثاني أن النكاح جائز

---

(١) انظر: بدائع الصنائع : (٣ / ١٥٢٣ - ١٥٢٤) .

(٢) تقدمت ترجمته صفحة (٢٤) وانظر اختياره في المختصر صفحة (١٦٦) .

(٣) وهو الصحيح : قال في المهذب : (٢ / ٥٠) واذا تزوجت امرأة رجلا على أنه على صفة فخرج بخلافها أو على نسب فخرج بخلافه ففيه وجهان : أحدهما : أن العقد باطل .
والقول الثاني : أنه يصح العقد وهو الصحيح " .

(٤) ط " صفة " .

(٥) ط " البيوع " .

فكان شرطته حرا " فكان(١) عبدا فلها الخيار في فسخ نكاحه سواء كانت حرة أو أمة لنقصه في النكاح عن أحكام الحر لأن استمتاعها به غير تام لخدمة سيده ونفقته نفقة معسر لأجل رقة " فان(٢) قامت على نكاحه فلها المسمى وان فسخت ولم يدخل بها فلامهر لها "وان(٣) دخل بها فعليه مهر المثل بالاصابة دون المسمى في العقد فهذا حكم غروره لها بالحرية فأما اذا غرها بالنسب فشرط لها أنه شريف النسب هاشمي أو قرشي فبان أنه أعجمي أو نبطي(٤)، نظر في نسبها فان كانت شريفة مثل النسب الذى شرطته فلها الخيار في فسخ نكاحه ثم الكلام في المهر" ان(٥) أقامت أو فسخت على مامضى .

وان كان دون النسب الذى شرطته ومثل النسب الذى هي عليه أو دونه فهل لها الخيار في فسخ نكاحه أم لا على وجهين :

أحدهما : لها الخيار لمكان الشرط وان لها "غرضا(٦) في كون ولدها ذا نسب شريف .

والوجه الثاني : لاخيار لها لأن خيارها يثبت بدخول النقص عليها وهذا كفؤ في النسب فلم يدخل عليها به نقص فلم يثبت لها فيه خيار .

---

(١) ط " وكان " .

(٢) ط " وان " .

(٣) ط " فان " .

(٤) تقدم معناه صفحة (٥٧٢) .

(٥) ط " أو " .

(٦) ص " فرض " .

فاما اذا غرها بما سوى ذلك من الشروط نظر فان بان أنه " أطـى "(١) مما شرط فلاخيار لها لأن الخيار انما يستحق بالنقصان دون الزيادة وان بان أنه انقص مما شرط ففي خيارها وجهان :

أحدهما : لها الخيار لأجل الشرط .

والوجه الثاني : لاخيار لها لأن النقصان لايمنع من مقصود العقد ، قال الشافعي :" قد ظلم نفسه من شرط هذا

فاختلف أصحابنا في تأويله فقال من أسقط خيارها معناه أنها ظلمت نفسها باشتراط مالم يثبت لها فيه خيار وقد كانت تستغني بالمشاهدة عن اشتراطه ، وقال من أثبت خيارها أنه محمول على الشروط الناقصة وانها ظلمت نفسها بما شرطته من نقصان أحواله وأوصافه .

* فصـــل *

فأما اذا " نكحت "(٢) نكاحا مطلقا من غير شرط لكن اعتقدت فيه كمال الأحوال فبان بخلافها من نقصان الأحوال فهذا على ضربين :

أحدهما : أن يكون بنقصان أحواله غير كفء لها " كأن كانت "(٣) حرة وهو عبد أوهاشمية " وهو نبطي "(٤) أو غنية وهو فقير فلها الخيار لأن نكاح غير الكفء لا يلزم الا بالعلم والرضى .

---

(١) ط " أعلا " .

(٢) ط " نكحته " .

(٣) في النسختين كأنها ، والمثبت هو الصواب .

(٤) تقدم معناه صفحة (٥٧٢) .

والضرب الثاني : أن يكون مع نقصان أحواله كفوا لها فلاخيار (لهـــا)[1]
في غير الرق وهل لها (الخيار في رقه اذا وجدته عـــدا
أم لا على وجهين)[2] :

أحدهما : لاخيار لها لأن كونه كفوا لها يمنعها من دخول النقص والعــار
عليها .

والوجه الثاني : لها (الخيار)[3] لأن نقص الرق مؤثر في حقوق النكـــاح
لما لسيده من منعه منها بخدمته واخراجه في سـفره وأنـــه
لا يلتزم لها الا نفقة معسر فاقتضى أن يثبت لها الخيار في فسخ
نكاحه . والله أعلم .

---

(١) ساقط من " ط " .
(٢) ساقط من " ط " .
(٣) ساقط من " ط " .

* مسـألة *

قال الشافعي (رضي الله عنه)[١] " ولو كانت هي التي غرته بنسب فوجدها دونه ففيها قولان :

أحدهما : ان شاء فسخ بلا مهر (ولا)[٢] " متعة "[٣] وان كان بعد الاصابة فلها مهر مثلها ولا نفقة لها في العدة وان كانت حاملا .

" والثاني " : لا خيار له اذا كانت حرة[٤] لأن بيده طلاقها ولايلزمه من العار مايلزمها، قال المزني : الفصل كله "[٥].

قد مضى غرور الزوج للمرأة فاما غرور المرأة للزوج فهو أن يتزوجها على شرط فيكون بخلافه فينقسم الشرط ثلاثة أقسام :

أحدها : أن يكون في الحرية .

والثاني : أن يكون في النسب .

والثالث: أن يكون في الصفة .

" فأما "[٦] الشرط في الحرية فهو أن يتزوجها على انها حرة فتكون أمة فهذا على ضربين :-

أحدهما : أن يكون الزوج مما لا يحل له نكاح الأمة بأن يكون واجدا للطول أو غير خائف للعنت فالنكاح باطل ، لأن نكاح الحر

---

(١) ساقط من " ص " .

(٢) ساقط من " ط " .

(٣) ط " نفقة " .

(٤) ط " مكرر " .

(٥) انظر: مختصر المزني صفحة (١٦٦) .

(٦) ط " وأما " .

للأمة لا يجوز الا " بشرطين[1] " عدم الطول[2] ، وخوف العنت[3] ،

والضرب الثاني : أن يكون الزوج ممن يجوز له نكاح الأمة لوجود الشرطين فيه من الطول[*] وخوف العنت فلها حالتان :

احداهما : أن تكون قد نكحته بغير اذن سيدها فالنكاح باطل .

والحال الثانية : أن تنكحه باذن سيدها فللشرط حالتان :

احداهما : أن تكون مقارنا للعقد .

والثانية[4] : غير مقارن ، فان لم يقارن العقد بل تقدمه أو تأخر عنه فلا تأثير له والنكاح جائز، وان اقترن بالعقد فلايخلو الغار من أن يكون هو السيد أو غيره فان كان الغار هو السيد فقال للزوج عند عقده هي حرة فقد عتقت بقوله (هذا[5]) وصار الزوج " بهذا[6] " الغرور عاقدا على حرة فصح نكاحها وهي في جميع أحكامها كالحرة وان كان الغار غير " السيد[7] " فهي حينئذ مسألة الكتاب في الغرور باستكمال ما فصلنا من الشروط الأربعة .

---

(١) ط " بشرطي " .

(٢) أو عدم رضا المرأة الحرة به لقصور نسبه أو نحو ذلك وكذلك عدم رضاها بما يقدر عليه من المهر بأن طلبت أكثر من ذلك " .

(٣) وبقي شرطان آخران لم يذكرهما المؤلف :
أحدهما : أن لا يكون تحته حرة مسلمة أو كتابية تصلح للاستمتاع .
والثاني : اسلام الأمة التى ينكحها الحر فلايحل لمسلم أمة كتابية "
انظر : شرح ابن القاسم العزى على أبى شجاع : (٢ / ٩٥) .

(٤) في النسختين " والثاني " والمثبت هو الصواب .

(٥) ساقط من " ط " .

(٦) ط " بها " .

(٧) ط " الرشيد " .

(*) ص لوحه / ١١٠ .

أحدها : أن يكون الزوج ممن يجوز له نكاح الأمة .

والثاني : أن تكون قد نكحت باذن سيدها .

والثالث: أن يكون الشرط مقارنا للعقد .

والرابع: أن يكون الغار غير السيد فيكون في النكاح حينئذ قولان :

أحدهما : باطـل .

والثاني : جائـز .

وتوجيههما ماقدمناه من غرور الزوج للزوجة.(١)

* فصـــــل *

فاذا قلنا ببطلان النكاح فان لم يدخل بها الزوج فرق بينهما ولامهر عليه ولاعدة عليها ولا يكون للعقد تأثير في لزوم شئ من الأحكام وان دخل الزوج بها فرق بينهما أيضا لفساد العقد ولها حالتان :

احداهما : أن يكون قد أحبلها .

" والثانية " (٢) أن تكون حائلا لم تحبل فان لم يكن قد أحبلها تعلق بدخـوله بها حكمان :

أحدهما : أن عليه للسيد مهر مثلها بالاصابة دون المسمى لأن فساد العقد يمنع من استحقاق ماسمى فيه فصار مستهلكا لبعضها بشبهة فلزمه مهر المثل .

والثاني : وجوب العدة عليها لأنها اصابة فوجب لحوق النسب فأوجبت العدة ولا نفقة لها في زمان العدة لارتفاع العقد الذى تستحق

---

(١) انظر : صفحة (٥٧١) .

(٢) في النسختين " والثاني " والمثبت هو الصواب.

به النفقة فاذا اغرم الزوج بالاصابة مهر المثل فهل يرجع به على من غره أم لا على قولين[1]:

أحدهما: وهو قوله في القديم يرجع به على الغار لأنه الجأه الى غرمه فصار كالشاهد اذا وجب بشهادته غرما ثم "رجع"[2] عنها لزمه غرم ماأغرم.

والقول الثاني: لايرجع به على الغار لأنه في مقابلة استمتاعه الذى لا ينفك من غرم، اما المسمى ان صح العقد أو مهر المثل ان فسد، فاذا قلنا لارجوع للزوج بالمهر على من غره تفرد بالتزامه للسيد وان قلنا يرجع به على من غره لم يرجع به قبل غرمه لجواز أن يبرئه السيد منه فان أبرأه منه لم يرجع به كالضامن اذا ابرئ من الضمان لم يرجع على المضمون عنه بشئ وان اغرمه السيد المهر رجع به الزوج حينئذ على من غره، ومن يؤثر غروره اثنان الأمة ووكيل السيد لأن السيد لو غره لعتقت، وان غره أجنبي لم يكن لقوله في العقد تأثير.

فان كانت الأمة هي الغارة كان الغرم في ذمتها اذا عتقت وأيسرت أدته، وان كان الوكيل هو الغار أغرم في الحال وان كان موسرا وأنظرته الى وقت يساره ان كان معسرا "فاما ان"[3] كان قد أحبلها ففي وجوب النفقة لها مدة حملها قولان:

---

(١) انظر: المهذب: (٢ / ٥٠).
(٢) ط "يرجع".
(٣) ط "فان".

أحدهما : لها النفقة اذا قيل أن نفقة الحامل يحملها لا لها .

والقول الثاني : لا نفقة لها اذا قيل ان نفقة الحامل لها لا يحملها .

فاذا وضعت تعلق بولدها ثلاثة " أحكام "(١) .

أحدها : لحوقه بالزوج لشبهة العقد .

والثاني : كونه حرا من حين علوقه لأن اشتراط حريتها حرية ولدها (*) ، لأن الحرة لا تلد الا حرا .

والثالث: أن تغرم للسيد قيمة ولدها يوم وضعه لأن ولد الأمة مملوك لسيدها وقد صار الزوج مستهلكا لرقه بما " يحدث "(٢) من عتقه " فلزمه "(٣) غرم قيمته " واعتبرناها "(٤) يوم وضعه ، " فان "(٥) كان قد عتق وقت علوقه لأنه لا يتقدم الا بعد الوضع فاذا غرم الزوج قيمة الولد رجع بها على من غره قولا واحدا ، وان كان في رجوعه " بالمهر "(٦) قولان .

والفرق بينهما أن المهر مستحق في نكاح الحرة الأمة لأنه في مقابلة الاستمتاع فلذلك لم يرجع به في الغرور بالأمة على أحد القولين ، وليس كذلك قيمة الولد لأنه لا يستحق الا في ولد الأمة دون الحرة فصار الغرور هو الموجب لغرمه فلذلك رجع به على من غره قولا واحدا فصار وطؤها واحبالها موجبا لخمسة أحكام:

---

(١) ط " أحوال " .

(٢) ط " يجدد " .

(٣) ط " فلزم " .

(٤) ط " فاعتبرناها " .

(٥) ط " وان " .

(٦) ط " المهر " .

(*) ط لوحه / ٧٥ .

أحدها : مهر المثل .

والثاني : العـــدة .

والثالث: لحوق الولد .

والرابع: حريتـــه .

والخامس: غـــرم قيمته .

فهذا اذا قيل ببطلان النكاح .

* فصـــــل *

فاما اذا قلنا بصحة النكاح على القول الثاني فهل للزوج فيه خيـــار الفسخ أم لا على قولين حكاهما المزني ، ولم يحك القولين في أصل النكـــاح اكتفاء بما حكاه في غرور " الزوج "[1] :

أحدهما : لا خيار له بالغرور ، وان ثبت للزوجة الخيار بالغرور لأنه يقـــدر على طلاقها ولا يلحقه من العار مايلحقها .

والقول الثاني[2] : له الخيار لاحدى علتين :

" احداهما"[3] : أن ماأوجب للزوجة خيار الفسخ أوجبه للزوج كعيوب الجنـــون والجذام والبرص ، وان كان الطلاق بيده كذلك في الغرور.

والعلة الثانية : مايدخل عليه من " النقص باسترقاق "[4] ولده ونقصان استمتاعه

---

(١) ص " النكاح " .

(٢) وهو الصحيح : انظر المهذب : (٢ / ٥٠) .

(٣) ط " أحدهما " .

(٤) ص " نقص استرقاق " .

فاذا قلنا (له)[١] الخيار في الفسخ فاختار الفسخ كان حكمه بعد الفسخ على ماذكرنا[٢].

اذا قيل بفساد العقد في أنه ان لم يدخل بها فلاشئ عليه " وان[٣] " دخل بها ولم يحبلها تعلق بدخوله حكمان : مهر المثل والعدة ، وان " أحبلها[٤] " تعلق باحباله لها مع حكمي الدخول ثلاثة أحكام لحوق الولد ، وحريته ، وغرم قيمته ، ويرجع بما غرمه من قيمته ، وفي رجوعه بما غرمه من المهر قولان.

وان أقام على النكاح ولم يختر الفسخ " وقلنا[٥] " ليس له خيار فالحكم فيهما سواء ولها المهر المسمى في العقد ويكون أولاده الذين علقت بهم قبل علمه برقها أحرار وعليه قيمتهم ومن علقت بهم بعد علمه برقها مماليك للسيد ان لم يكن الزوج عربيا وان كان عربيا فعلى قولين : أحدهما : وهو قوله في القديم يكونون أحرارا وعليه " قيمتهم[٦] " لئلا يجرى على عربي صغار والرق أعظم صغار.

والقول الثاني : يكونون مماليك للسيد لأن حكم الله (تعالى)[٧] في الجميع واحد ونميز من علقت قبل العلم برقها معتبرة بمدة الوضع

---

(١) ساقط من " ص ".

(٢) صفحة (٥٨٠).

(٣) ط " فان ".

(٤) ط " اختلفا ".

(٥) ط " فقلنا ".

(٦) يوجد في " ط " بعد قوله " قيمتهم " ومن علقت بهم بعد علمه برقها مماليك للسيد .. " الخ وهو مكرر فلعل الناسخ زاغ بصره الى السطر السابق.

(٧) ساقط من " ط ".

فمن " وضعته[١] " لأقل من (مدة)[٢] ستة أشهر من وقت علمه (بالعلوق)[٣] فالعلوق به قبل العلم فيكون حرا ، ومن وضعته لستة أشهر فصاعدا فالعلوق به في الظاهر بعد العلم اعتبارا بأقل الحمل فيكون مملوكا على ماذكرنا فهذا حكم القسم الأول وهو غرور الزوج بالحرية .

* فصل *

واما القسم الثاني وهو غرور الزوج بالنسب فهو أن يتزوجها على أنها هاشمية فتكون عربية أو على أنها عربية فتكون نبطية[٤] ، أو أعجمية ففي النكاح قولان على مامضى[٥] :

أحدهما : باطل .

والثاني : جائز .

فاذا قيل ببطلان النكاح فان لم يدخل بها فرق بينهما ولا شئ عليه ولا يكون للعقد تأثير ، وان كان قد دخل (بها)[٦] فعليه (لها)[٧] مهر " المثل[٨] " دون المسمى وهل يرجع به على من غره أم لا على قولين[٩] :

---

(١) ط " وضعه " .

(٢) ساقط من " ص " .

(٣) ساقط من " ص " .

(٤) تقدم معناه صفحة (٥٧٢) .

(٥) صفحة (٥٧٢) .

(٦) ساقط من " ط " .

(٧) ساقط من " ط " .

(٨) ط " مثلها " .

(٩) انظر: المهذب : (٢ / ٥٠) .

أحدهما : (لا)[١] يرجع به لأنه في مقابلة استمتاعه .

والقول الثاني : يرجع (به)[٢] على من غره وهو أحد ثلاثة أشياء اما الولي أو وكيله أو الزوجة .

فان كان الولي أو وكيله هو الغار يرجع عليه بعد الغرم بجميع المهر، وان كانت الزوجة هي الغارة ففيه وجهان[٣] :

أحدهما : يرجع عليها بجميعه أيضا كما يرجع على الولي والوكيل .

والوجه الثاني : أنه يترك عليها منه يسيرا أقله أقل مايجوز أن يكون مهرا ويرجع عليها بباقيه لئلا يصير مستبيحا لبعضها بغير بدل .

واذا كان كذلك فان كان قد دفع المهر اليها رجع عليها بجميعه على الوجه الأول وترك عليها منه قدر أقل المهور على الوجه الثاني " وان[٤] كان مادفع المهر اليها فلامعنى لأن يدفع المهر اليها ثم يسترجعه فلايدفع اليها على الوجه الأول شيئا ويدفع اليها على الوجه الثاني قدر أقل المهور وسواء في اصابة هذه الغارة "أن[٥] " يكون قد أحبلها أو لم يحبلها في أن ولدها اذا لحق به لم يلزمه (له)[٦] غرم لأنه لم يجر عليه رق .

---

(١) ساقط من "ص" .

(٢) ساقط من "ص" .

(٣) انظر: المهذب : (٢/ ٥٠).

(٤) ط " فان " .

(٥) ط " أو " .

(٦) ساقط من "ص" .

* فصـــل *

" وان[(١)] قيل أن النكاح صحيح نظر في نسب الزوج فان كان مثل نسبها الذى ظهر لها فلاخيار له في الفسخ لأنه " لاعار[(٢)] عليه ولا معرة تلحقه وان كان كالنسب الذى شرطه واعلا من النسب الذى ظهر لها فخياره في فسخه معتبر بخياره في غرور (بالرق به[(٣)]) بالحرية وتعليل استحقاقه .

فان قيل لا خيار له اذا كان مغرورا بالحرية فأولى أن لا يكون له الخيار اذا كان مغرورا بالنسب .

وان قيل له الخيار اذا كان مغرورا بالحرية فهل له الخيار اذا كان مغرورا بالنسب ، معتبر باختلاف العلة اذا كان مغرورا بالحرية .

فان قيل ان العلة في خياره اذا غر بالحرية أن يثبت له من خيار الفسخ مثل ماثبت للزوجة فله في غرور النسب خيار الفسخ كما كان للزوجة .

وان قيل ان العلة في الغرور بالحرية دخول النقص عليه في استرقاق ولده " ونقصان[(٤)] استمتاعه فلاخيار له في الغرور بالنسب لأنه لا يدخل عليه نقص في الاستمتاعه ولا في الولد لأن ولده يرجع اليه في نسبه لا اليها لأن ولد العربي من العجمية عربي وولد العجمي من العربية عجمي وفي كشف هذا التعليل وحمل الجواب عليه في استحقاق الخيار مقنع لما أورده المزني[(٥)] .

---

(١) ط " فان " .

(٢) ط " لا نقص " .

(٣) ساقط من " ط " .

(٤) ط " أو نقصان " .

(٥) صفحة (٥٧٨) وقد تقدمت ترجمته صفحة (٢٤) .

واما اذا غرته بنسب فوجدت " أعلا[1] منه نظر فان شرطت انهـــا عربية فكانت هاشـمية فالنكاح جائز ولا خيار لأن الهاشمية عربيـــة وان "ازدادت[2] شـرفا فلم تكن الصـفة المشروطة مخالفة .

وان شـرطت انها نبطية[3] ، أو أعجمية فكانت هاشـمية أو عربية فالصفة مخالفة للشروط فيكون النكاح على قولين :

أحدهما : باطـــل .

والثاني : جائـــز . "ولا[4] خيار له .

* فصـــل *

واما القسم الثالث وهو غرور الزوج بالصـفة فهو أن يتزوجها علـــى أنها بكر فتكون ثيبـا أو على انها شـابة فتكون عجوزا أو على انهـــا جميلة فتكون قبيحـة الى ماجـرى هذا المجرى من الصـفات ففى النكـا ح قولا ن :

أحدهما : باطل " فان[5] لم يدخل بها فلاشئ عليه وان دخل بهــا فعليه مهر مثلها وفي رجوعه به على من غره قولا ن على مامضـى في غرور النسب من اعتبار من غره

---

(١) ص " عـلا " .

(٢) ط " ازادت" .

(٣) تقدم معناه صفحة (٥٧٢) .

(٤) ص " فلا " .

(٥) ص " وان " .

والقول الثاني : أن النكاح صحيح فعلى هذا يكون خياره في غرورها معتبر " بخيارها[١] في غروره وفي خيارها لو غرها الزوج في هذه الصفات وجهان :

أحدهما : لا خيار لها ، فعلى هذا " أولى[٢] أن لا يكون له خيار.

والوجه الثاني : لها الخيار فعلى هذا يكون معتبرا بخياره اذا كان مغرورا بالحرية وفيه قولان:

أحدهما : لا خيار له فيه ، فعلى هذا أولى أن لا يكون له خيار اذا غر بهذه الصفات .

والقول الثاني : له الخيار " فعلى[٣] هذا يكون معتبرا بعلة الخيار في هذا القول .

فان قيل انها في مقابلة خيار الزوجة فله الخيار في نقصان هذه الصفات كما كان للزوجة على هذا الوجه .

" فان[٤] قيل انما دخول النقص عليه في رق الولد ونقصان الاستمتاع فلا خيار له هاهنا لعدم النقص منهما فأما اذا تزوجها على شرط فكانت أعلا منه مثل أن يتزوجها على أنها ثيب فتكون بكرا أو على أنها عجوز فتكون شابة أو على انها قصيرة فتكون طويلة أو على أنها قبيحة فتكون جميلة وماشاكل كل هذه الصفات ففي النكاح أيضا قولان:

---

(١) ط " بخياره " .
(٢) ص " أولا " .
(٣) ط " هل " .
(٤) ص " وان " .

أحدهما : باطـل .

والثاني : جائـز ، ولا خيـار له .

* فصـل *

فاما اذا تزوجها بغير شرط " فظنها[1] " على صفة وكانت بخلافها فالنكاح صحيح فيما سوى الرق والكفر ولا خيار فيه للزوج فيما سوى عيوب الفسخ من الجنون والجذام والبرص والرتق والقرن.[2]

وأما الرق والكفر " وهو[3] " أن يتزوجها " يظن[4] " انها ، حرة فتكون أمة أو يظنها مسلمة فتكون كافرة ، فان كان ممن لا يحل له نكاح الأمة لأنه واجد للطول أو غير خائف للعنت أو كانت ممن لا تحل لمسلم كالوثنية فالنكاح باطل في الأمة والكافرة لتحريمها عليه ، وان كان ممن يحل له نكاح الأمة لعدم الطول وخوف العنت ويحل له نكاح هذه الكافرة لانها كتابية فالنكاح جائز قولا واحدا لأنه لم يشترط وصفا فوجد خلافه فاما الخيار فقد قال الشافعي في نكاح الأمة أنه لا خيار له في فسخه وقال في نكاح الكتابة أن له الخيار في فسخه.[5]

فاختلف أصحابنا على طريقين :

أحدهما : نقل جواب كل واحدة الى الاخرى ويخرجها على قولين :

---

(١) ط " وظنها " .

(٢) تقدم معناهما صفحة (٤٥٧) .

(٣) ط " فهو " .

(٤) ص " ويظن " .

(٥) انظر: مختصر المزني صفحة (١٦٦) .

أحدهما : لا خيار له في فسخ نكاح الأمة والكتابية على مانص عليه في الأمة ، لأن الكتابية أحسن حالا من الأمة التى يسترق ولدها .

الثاني : أن له الخيار في فسخ نكاح الأمة والكتابية على مانص عليه في الكتابية لأن الأمة أغلظ حالا باسترقاق ولدها.[1]

والطريقة الثانية : لأصحابنا ، أن حملوا جواب كل واحدة من المسألتين على ظاهره فلم يجعلوا له (في)[2] نكاح الأمة " خيارا "[3] وجعلوا له في نكاح الكتابية " خيارا "[4] وفرقوا بينهما بأن " لأهل "[5] الذمة غيارا ، يتميزوا به عن المسلمين فاذا خالفوه صار غرورا فثبت الخيار في نكاحهم وليس للمملوكين غيار يتميزون به فلم " يكن "[6] منهم غرور يثبت به الخيار في مناكحهم والله أعلم .

---

(١) انظر: المهذب : (٢/ ٥٠) .
(٢) ساقط من " ص " .
(٣) في النسختين " خيار " والمثبت هو الصواب .
(٤) ص " خيار " .
(٥) ط " أهل " .
(٦) ساقط من " ص " .

بابٌ

المَرأَة لَاتَلِي عَقْدَ النِّكَاحِ

قال الشافعي (رضى الله عنه)[١] قال بعض الناس زوجت عائشة بنت عبدالرحمن بن أبى بكر[٢] وهو غائب بالشام فقال امثلى يفتات عليه في بناته ،[٣] " قال فهذا[٤] يدل على انها زوجت بغير أمره ، الى آخر الباب[٥].

(و)[٦] قد مضى الكلام[٧] فى أن النكاح لايصح الا بولي ذكر.

وأن المرأة لايجوز أن تعقد نكاح نفسها ، فكذلك لايجوز أن تلي نكاح غيرها لا بولاية ولا بوكالة ولايصح منها فيه بذل ولا قبول .

وقال أبو حنيفة : يجوز أن تتولاه لنفسها ولغيرها نيابة ووكالة تكون فيه (باذلة)[٨] أو قابلة[٩].

فاما نكاح نفسها قد مضى الكلام معه فيه.[١٠]

واما نكاح غيرها نيابة ووكالة فاستدل على جواز أن تتوكل فيه وتباشر عقده بما روى " أن عائشة[١١] (رضى الله عنها)[١٢] " زوجت بنت

---

(١) ساقط من " ص" .

(٢) ستأتي ترجمة عبدالرحمن صفحة (٥٩٤) .

(٣) سيأتي تخريجه صفحة (٢٢٩) .

(٤) ط " فقال هذا " .

(٥) انظر: مختصر المزني صفحة (١٦٦) .

(٦) ساقط من " ط" .

(٧) صفحة (٢٢٢) .

(٨) ساقط من " ط" .

(٩) انظر: بدائع الصنائع :(١٣٣١/٣)

(١٠) صفحة (٢١٥) .

(١١) تقدمت ترجمتها صفحة (٤٨) .

(١٢) ساقط من " ص" .

أخيها عبدالرحمن بن أبى بكر[١] ، وكان غائبا بالشام بمنذر بن الزبير[٢]، فلما قدم قال امثلى يفتات عليه في بناته وأمضى النكاح[٣].

---

(١) هو عبدالرحمن بن أبى بكر الصديق رضى الله عنه عبدالله ابن عثمان القرشي التيمي شقيق عائشة رضى الله عنهما أسلم قبل الفتح قيل هو أسن ولد أبى بكر شهد مع خالد اليمامة قيل كان اسمه في الجاهلية عبد الكعبة أوعبد العزى فسماه النبي صلى الله عليه وسلم عبدالرحمن وكان موته فجأة بسبب نومة نامها بمكان اسمه حبشى على نحو عشرة أميال من مكة وحمل الى مكة ودفن بها سنة ثلاث وخمسين ،وقيل غير ذلك .

انظر: أسد الغابة : (٣ / ٣٠٤ - ٣٠٥ - ٣٠٦) ، تهذيب التهذيب : (٦ / ١٤٦ - ١٤٧).

(٢) منذر بن الزبير بن العوام الأسدى أبو عثمان شقيق عبدالله ذكرهابن حبان في الثقات ، وذكر مصعب الزبيرى أن المنذر غاضب أخاه عبدالله فخرج عن مكة الى معاوية فاجازه بجائزة عظيمة وأقطعه أرضا بالبصرة وكان المنذر عند عبيدالله بن زياد ولما امتنع عبدالله بن الزبير من بيعة يزيد فكتب يزيد الى عبيدالله أن يقبض على المنذر فبلغ ذلك المنذر فهرب الى مكة فقتل المنذر في الحصار الأول بعد وقعة الحرة سنة أربع وستين " .

انظر: الثقات لابن حبان : (٥ / ٤٢٠) ، تعجيل المنفعة صفحة (٤١١).

(٣) أخرجه مالك في الموطأ : (٢ / ٥٥٥) أن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم زوجت حفصة بنت عبدالرحمن المنذر ابن الزبير وعبدالرحمن غائب بالشام فلما قدم عبدالرحمن قال ===

قال ولأنه عقد معاوضة فجاز أن تتولاه المرأة كالبيع ولأنه عقد يستباح به البضع فصح أن تباشره المرأة قياسا على شراء الأمة.

ولأنه عقد على منفعة فجاز اشتراك الرجال والنساء فيه كالاجارة

ودليلنا رواية أبي هريرة [١]، أن النبي صلى الله عليه (وسلم) [٢] قال : " لا تنكح المرأة (المرأة) [٣] ولا تنكح المرأة نفسها [٤] " وهذا نص ،

=== ومثلي يصنع به هذا ومثلي يفتات عليه فكلمت عائشة المنذر ابن الزبير فقال المنذر فان ذلك بيد عبدالرحمن فقال عبدالرحمن ماكنت لأرد أمرا قضيته فقرت حفصة عند المنذر ، ولم يكن ذلك طلاقا .

وأخرجه البيهقي في السنن : (٧ / ١١٢) ، وقال عقبه: هذا الأثر انما اريد به انها مهدت تزويجها ثم تولى عقد النكاح غيرها فأضيف التزويج اليها لاذنها في ذلك وتمهيدها أسبابه والله أعلم .

وأخرجه عبدالرزاق في المصنف : (٧ / ٣ - ٤) بزيادة ونقص وقوله :" يفتات عليه " .

أى لم يؤامر في شئ هو أحق بالأمر فيه يقال افتات فلان افتياتا اذا سبق بفعل شئ ولم يوامر فيه وهو أحق به.

(١) تقدمت ترجمته صفحة (١١٣) .

(٢) ساقط من "ص" .

(٣) ساقط من "ص" .

(٤) تقدم تخريجه صفحة (٢٣٢) .

وروى عبدالرحمن بن القاسم [١]، عن أبيه [٢]، أن عائشة [٣] (رضى الله عنها) [٤] كان اذا هوى فتى من بنى اخيها فتاة من بنات أخيها أرسلت سترا وقعدت من ورائه وتشهدت حتى اذا لم يبق الا النكاح قالت يافلان أنكح وليتك (فلانة) [٥] فان النساء لاينكحن [٦] " وهذا

---

(١) عبدالرحمن بن القاسم بن محمد بن أبى بكر الصديق التيمى أبو محمد المدني ولد في حياة عائشة رضى الله عنها وكان ثقة جليلا .
قال البخارى حدثنا عبدالرحمن بن القاسم وكان أفضل أهل زمانه ، وقال مصعب : كان من خيار الناس ، مات سنة ستة وعشرين ومائة .
انظر: الثقات لابن حبان : (٧ / ٦٢) ، تاريخ الثقات للعجلى صفحة (٢٩٨) ، تهذيب التهذيب : (٦ / ٢٥٤).

(٢) هو القاسم بن محمد بن أبى بكر الصديق رضى الله عنه ، قال العجلي : " كان من خيار التابعين وفقهائهم مدني ثقة نزه رجل صالح " .
وقال يحيى بن سعيد : " ماأدركنا بالمدينة أحدا نفضله على القاسم " . ومدحه البخارى بأنه أفضل أهل زمانه .
مات سنة :
انظر : تاريخ الثقات للعجلي صفحة (٣٨٧) ، تهذيب التهذيب : (٨ / ٣٣٣) .

(٣) تقدمت ترجمتها صفحة (٤٨).

(٤) ساقط من "ص" .

(٥) ساقط من "ط" .

(٦) أخرجه الشافعى كما فى المسند : (٢ / ١٣) ، وعبدالرزاق في المصنف : (٦ / ٢٠١) ، والبيهقي : (٧ / ١١٢) ولفظ ==

اجماع(١) منتشر في الصحابة لا يعرف فيه مخالف ، ولأن تصرف المرأة في حق نفسها أقوى من تصرفها في حق غيرها ، وقد دللنا على أنه لا ولاية لها في حق نفسها فأولى أن لا يكون لها ولاية في حق غيرها ، ولأن كل عقد لم يجز أن تعقده المرأة لنفسها لم يجز أن تعقده لغيرها كعقد " الأمة(٢) ".

فاما الجواب عن حديث عائشة(٣) (رضى الله عنها)(٤) فهو لا يمكن استعماله على ظاهره من أربعة أوجه :

احدها : أنها لو " زوجتها(٥) بولاية النسب " لكان(٦) " للمنكوحة(٧) " من هو أحق بالولاية منها من اخوة وأعمام لأن عبدالرحمن(٨) قد كان له اخوة وأولادهم أحق بنكاحها من عائشة التى هي اخته وعمته المنكوحة .

=== الشافعي : كانت عائشة يخطب اليها المرأة من أهلها فتشهد فاذا بقيت عقدة النكاح قالت لبعض أهلها زوج فان المرأة لا تلي عقدة النكاح " .

(١) ص " أمر " .

(٢) ص " الامامة " .

(٣) تقدمت ترجمتها صفحة (٤٨) .

(٤) ساقط من " ص " .

(٥) ط " زوجها " .

(٦) ط " كان " .

(٧) ص " بالمنكوحة " .

(٨) تقدمت ترجمته صفحة (٥٩٦) .

والثاني : أنه لو زوجتها بوكالة أبيهـا عبدالرحمن لما افتات عليه فـي بناته .

والثالث:(*) انها هي " الراوية[(١)] عن النبي صلى الله عليه (وسلم أنه قال[(٢)] " أيما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطـل"[(٣)] وهي لاتخالف ماروته .

والرابع : أنها كانت اذا خطبت في المناكح قالت يافلان أنكح وليتـك فان النساء لاينكحـن"[(٤)] واذا لم يمكن حمله على ظاهـر من هذه الوجوه الأربعة وجب حمله على مايمكن فيحمل علـى ثلاثة أوجـه :

أحدها : أن عبدالرحمن[(٥)] يجوز أن يكون قد وكل عن نفسه من يقـوم بتزويج " ابنتـه"[(٦)] وأمره أن يرجع الى رأى عائشـة فـي اختيار من يزوجها به فأشـارت عليه عائشـة بتزويج منـذربـن الزبير[(٧)] .

فان قيل فَلِمَ أنكر وقد وكل ، قيل لأن منذرا قد كان خطب اليـه فكرهه لعجب ذَكَرَهُ فيه فأحبـت عائشـة مع ماعرفته من فضل منذرأن تصل

---

(١) ط " الرواية " .

(٢) ساقط من " ص" .

(٣) تقدم تخريجه صفحة (٢٢٥) .

(٤) تقدم تخريجه صفحة (٥٩٦) .

(٥) تقدمت ترجمته صفحة (٥٩٦) .

(٦) ط " بنتـه " .

(٧) تقدمت ترجمته صفحة (٥٩٦) .

(*) ص لوحه / ١١٥ .

الرحم " فتزوج(١) بنت أخيها بابن أخيها " لأن(٢) منذر بن الزبير أمه أسماء بنت أبي بكر(٣).

والثاني : أنه يجوز أن تكون عائشة حين اختارت منذرا سألت السلطان أن يزوجها لأن عبدالرحمن بغيبته لا تزول ولايته وينوب السلطان عنه عندنا(٤) وعند أبي حنيفة(٥) وينوب من بعده من الأولياء عند مالك(٦)، فكره عبدالرحمن ان (لم)(٧) يستأذن فيه ويطالع به ويكون اضافة العقد الى عائشة وان لم تكن

---

(١) ص " وتزوج ".

(٢) ط " لا ".

(٣) تقدمت ترجمتها صفحة (١٩٨).

(٤) انظر: المهذب : (٢/٣٧).

(٥) قال في البدائع : (٣ / ١٣٧٢) اختلف مشايخنا في ولاية الأقرب انها تزول بالغيبة أو تبقى قال بعضهم انها باقية وقال بعضهم تزول ولايته وتنتقل الى الأبعد وهو الأصح ".

(٦) عند المالكية تفصيل في المسألة :
ان كان الولي الذى غاب غيبة منقطعة ولي مجبر كالأب والجد زوجها السلطان .
وان كان غير مجبر انتقلت الولاية الى الأبعد .
انظر : المدونة الكبرى : (٢ / ١٤٤) ، بداية المجتهد : (٢ / ١٣) ، فتح الرحيم : (٢ / ٣٦).

(٧) ساقط من " ط ".

العاقد، لمكان اختيارها وسفارتها كما يضاف " العقد[١] " الى السفير بين الزوجين فيقال فلانة الدلالة قد زوجت فلانا بفلانة وان لم تكن قد " باشرت[٢] " العقد وتولته .

والثالث: أنه يجوز أن يكون عبدالرحمن وكل عائشة في أن توكل عنه من يزوج بنته فوكلت عائشة عن عبدالرحمن حين استقر رأيهما على تزويج منذر من زوجها عنه فكان الوكيل المتولي للعقد وكيلا لعبدالرحمن لا لعائشة كما توهم المزني " فقال[٣] " " اذا لم يكن لها أن تزوج فوكيلها بمثابتها لا يجوز له أن يزوج[٤] " وهي لم توكل عن نفسها وانما وكلت عن أخيها ويجوز أن تكون المرأة وكيلا في توكيل من تزوج (عن الموكل)[٥] .

وأما الجواب عن الأقيسة الثلاثة على البيع والاجارة " وشراء " الأمة فهو أنها عقود لا تفتقر الى ولاية فجاز أن تتولاها المرأة بخلاف النكاح . والله أعلم .

---

(١) ط " العبد " .
(٢) ط " زوجت كلا باشرت " .
(٣) ط " وقال " .
(٤) انظر: مختصر المزني صفحة (١٦٦) .
(٥) ساقط من " ط " .

باب

الكَلامِ الَّذِي يَنْعَقِدُ بِهِ النِّكَاح

قال الشافعي (رضى الله عنه)[1] " سمى الله تعالى النكاح في كتابه باسمين النكاح والتزويج ودلت السنة أن الطلاق يقع بما يشبه الطلاق ولم نجد في كتاب الله ولا سنة " رسوله[2] احلال نكاح الا بنكاح أو تزويج ، والهبة لرسول الله صلى الله عليه (وسلم)[3] مجمع أن ينعقد له بها نكاح " بأن[4] تهب نفسها له بلا مهر وفي هذا دلالة على أن لا يجوز النكاح الا باسم التزويج والانكاح[5] وهذا كما قال النكاح لا ينعقد إلا بصريح اللفظ دون كنايته .

وصريحه " لفظان[6] زوجتك وأنكحتك فلا ينعقد النكاح إلا بهما ، وسواء ذكر فيه مهرا أو لم يذكر .

وقال أبو حنيفة ينعقد النكاح بالكناية كانعقاده بالصريح فجوز انعقاده بلفظ البيع ، والهبة ، والتمليك[7] ، ولم يجوزه بالاحلال والاباحة[8] .

---

(١) ساقط من " ص " .

(٢) ط " نهيه " .

(٣) ساقط من " ص " .

(٤) ط " فان " .

(٥) انظر: مختصر المزني صفحة (١٦٦) .

(٦) ط " لفظتان " .

(٧) انظر: الهداية : (١ / ١٩٠) ، المبسوط للسرخسي : (٥/٥٩) ، بدائع الصنائع : (٣ / ١٣٢٧) .

(٨) انظر: الهداية : (١ / ١٩٠) ، بدائع الصنائع : (٣/١٣٢٩) .

واختلفت الرواية عنه في جوازه بلفظ الاجارة[(١)] ، وسواء ذكر المهر أولم[(٢)] يذكره .

وقال مالك[(٣)] : ان ذكر مع هذه الكنايات المهر صح وان لم يذكره لم يصح .[(٤)]

"واستدلوا[(٥)]" على انعقاد النكاح بالكناية برواية معمر[(٦)]، عن

---

(١) قال في الهداية : (١ / ١٩٠) ولا ينعقد بلفظ الاجارة على الصحيح " ، وفي البدائع : (٣ / ١٣٢٩) ولا ينعقد النكاح بلفظ الاجارة عند عامة مشايخنا وحكى عن الكرخي أنه ينعقد بلفظ الاجارة " أهـ
وانظر: المبسوط للسرخسي : (٥ / ٦١) ، الهداية : (١/١٩٠) ، تحفة الفقهاء : (١ / ١١٨-١١٩) .

(٢) ط " ولم " .

(٣) تقدمت ترجمته صفحة (٧٥) .

(٤) انظر: الشرح الكبير للدردير : (٢ / ٢٢١) .

(٥) ص " فاستدلوا " .

(٦) معمر بن راشد الأزدى مولاهم أبو عروة البصرى نزيل اليمن ثقة ثبت فاضل .
قال الامام أحمد : " ماانضم أحد الى معمر الا وجدت معمرا يتقدمه في الطلب كان من أطلب أهل زمانه للعلم .
وذكره ابن حبان في الثقات وقال كان فقيها حافظا متقنا ورعا ، مات سنة ثلاث ،وقيل أربع وخمسين ومائة .
انظر: تاريخ الثقات للعجلي صفحة(٤٣٥) ، تهذيب التهذيب : (١٠/٢٤٣-٢٤٥) ، تقريب صفحة (٣٤٤) ، الثقات لابن حبان(٧/٤٨٤)

أبى حازم[(١)]، عن سهل بن سعد الساعدى[(٢)]، أن امرأة جاءت الى النبي صلى الله عليه (وسلم)[(٣)] فوهبت نفسها " له[(٤)] فصمت ثم عرضت نفسها عليه فصمت فلقد رأيتها ثلاثا أو قال هونا تعرض نفسها عليه وهو صامت فقام رجل أحسبه قال من الأنصار فقال يارسول الله ان لم يكن لك بها حاجة فزوجنيها فقال لك شئ قال (لا)[(٥)] والله يارسول الله قال اذهب " فالتمس[(٦)]" شيئا ولو خاتما من حديد ، فذهب ثم رجع فقال والله ماوجدت شيئا الا ثوبي هذا أشقه بيني وبينها فقال النبي صلى الله عليه (وسلم)[(٧)] مافي ثوبك فضل عنك فهل تقرأ من القرآن شيئا ؟ قال نعم. قال ماذا قال سورة كذا وكذا قال فقد ملكتكها بما معك من القرآن قال فقد رأيته

---

(١) هو سلمة بن دينار أبو حازم الأعرج التمار المدني القاص مولى الأسود بن سفيان المخزومي ، ذكره ابن حبان في الثقات ، وقال كان قاضي أهل المدينة ومن عبادهم وزهادهم وقال العجلي تابعي ثقة صالح .
مات سنة أربع وأربعين ومائة .
انظر: تاريخ الثقات للعجلي صفحة (١٩٦) ، تهذيب التهذيب : (٤ / ١٤٣ - ١٤٤) ، الثقات لابن حبان (٤ / ٣١٦)

(٢) تقدمت ترجمته صفحة (١٠١) .

(٣) ساقط من " ص" .

(٤) ط " له عليه " .

(٥) ساقط من " ط" .

(٦) ط " والتمس " .

(٧) ساقط من " ص" .

يمضي وهي تتبعه[١]" فدل صريح هذا الحديث " على انعقاد[٢]" النكاح بلفظ التمليك وصار حكم الكناية في انعقاده كالصريح ، ولأنه عقد يقصد به التمليك فجاز أن ينعقد بلفظ التمليك كالبيع أو لأنه عقد يستباح به البضع فجاز أن يستفاد (بلفظ الهبة كتملك الاماء ولأن ماانعقد به نكاح النبي انعقد به نكاح أمته كالنكاح ولأنه أحد طرفي النكاح فجاز أن يستفاد[٣]) بالصريح والكناية كالطلاق ، ولأنه ينعقد بالعجمية لأنها في معنى العربية فدل على أن المقصود في العقد معنى الفعل دون اللفظ والتمليك في معنى النكاح فصح به العقد .

---

(١) أخرجه البخاري : (٩ / ٢٠٥) ، ومسلم : (٩ / ٢١٣-٢١٤) ، والترمذي : (٣ / ٤٢١-٤٢٢) ، والنسائي : (٦ / ١١٣) ، ومالك في الموطأ : (٢ / ٥٢٦) ، والدارقطني : (٣ / ٢٤٧ - ٢٤٨ - ٢٤٩) ، والدارمي في سننه : (٢ / ١٤٢) ، والبيهقي في السنن الكبرى : (٧ / ٢٣٦) كلهم رووه بألفاظ متقاربه بزيادة ونقص دون قوله " فصمت " قال في الفتح " وفي رواية معمر والثوري معا عند الطبراني " فصمت".. الخ ،وقوله قد ملكتكها هي رواية معمر والثوري عند الطبراني ، وكذا في رواية يعقوب وابن أبي حازم وابن جريج وحماد بن زيد في احدى الروايتين عنه ، وفي رواية معمر عند أحمد :(٥/ ٣٣٤) قد أملكتكها " أهـ.

وانظر : التعليق المغني على الدارقطني : (٣ / ٢٤٨)، فتح الباري : (٩ / ٢٠٥).

(٢) ص" على أن انعقاد " .

(٣) ساقط من "ص" من قوله :" بلفظ الهبة كتملك .

ودليلنا قوله تعالى : (وَامْرَأَةً مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ)[١] ، فجعل الله تعالى النكاح بلفظ الهبة " خالصا[٢] " لرسول الله[٣] (صلى الله عليه وسلم)[٤] دون أمته .

فان قيل فالآية تدل على أن النبي صلى الله عليه (وسلم)[٥] أراد أن يجعلها الله تعالى " خالصة له[٦] " من دون المؤمنين وليس في الآية أمر من الله تعالى (به)[٧] ولا اذن فيه فلم يكن في مجرد الطلبة دليل على الاجابة .

قيل قد اختلف الناس هل كان عند النبي صلى الله عليه (وسلم)[٨] امرأة وهبت نفسها له[٩] ؛ فذهب الجمهور الى أنه قد كان عنده امرأة وهبت نفسها له ، واختلفوا " فيها[١٠] " على ثلاثة أقاويل[١١] :

---

(١) سورة الأحزاب : الآية (٥٠) .
(٢) ص" خالصة " .
(٣) ص " لرسوله " .
(٤) ساقط من " ص" .
(٥) ساقط من " ص" .
(٦) ص" له خالصة " .
(٧) ساقط من " ص" .
(٨) ساقط من " ص" .
(٩) تقدم ذكر هذا الخلاف صفحة(٩٧) .
(١٠) في النسختين " فيه " والمثبت هو الصواب.
(١١) تقدم ذكر هذه الأقوال وأصحابها صفحة(٩٧-٩٨) .

أحدها : أنها أم شريك[1]، قاله عروة بن الزبير.[2]

والثاني : انها خولة بنت حكيم[3]، قالته عائشة.

والثالث: انها زينب بنت خزيمة أم المساكين ،قاله الشعبي.[4]

فعلى هذا لو لم يكن في الآية دليل على الاجابة الى ماسأله من التخصيص لكان " فعله[5]" دليلا عليه .

وقال آخرون : لم يكن عند النبي صلى الله عليه (وسلم)[6] امرأة وهبت نفسها له ، وهذا قول ابن عباس ومجاهد.[7]

ومن قال بالأول فهو بقراءة من قرأ بالفتح أن وهبت ومن قال بقول ابن عباس فعلى قول من قرأ بالكسر " ان وهبت " على المستقبل[8]، " وتأويله[9]" على هذا أن يكون سياق الآية دليلا على التخصيص لأن قوله : " وَامْرَأَةً مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ[10]" حكاية للحال ،وقوله : "إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا " اخبار "عن حكم الله[11]" ثم قال :

---

(١) تقدمت ترجمتها صفحة (٩٨) .

(٢) تقدمت ترجمتهما صفحة (٩٩) .

(٣) تقدمت ترجمتهما صفحة (٩٩) .

(٤) تقدمت ترجمتهما صفحة (١٠٠) .

(٥) ص " قوله " .

(٦) ساقط من " ص" .

(٧) تقدمت ترجمتهما صفحة(٤١-٥٢) .

(٨) انظر: توجيه القراءات صفحة(٩٧) .

(٩) ط " ما وتله " .

(١٠) سورة الأحزاب ، الآية(٥٠) .

(١١) ط "عن حكم أراد به " .

" خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ(١) " مواجهة من الله تعالى له " بالحكم(٢) "
من أن يكون من رسوله (صلى الله عليه وسلم)(٣) طلب فلم يجز أن
يكون محمولا الا على ابتداء الحكم وبيان التخصيص .

فان قيل انما خص بسقوط المهر ليكون اختصاصه به مفيدا ولم يخص
أن يعقد بلفظ الهبة لأن اختصاصه به غير مفيد .

قيل بل هو محمول على اختصاصه بالأمرين اعتبارا بعموم الآية ليكون
اختصاصه بحكم اللفظ في سقوط المهر هو المفيد لا ختصاصه بنفس اللفظ
(لأنه لو انعقد نكاح غيره بهذا اللفظ)(٤) لتعدى حكمه الى غيره
فيبطل التخصيص ويدل على ماذكرنا من طريق السنة مارواه أبو شيبة(٥)، عن الحكم(٦)،

---

(١) سورة الأحزاب : الآية (٥٠) .

(٢) ص " بالحكمة " .

(٣) ساقطة من " ص " .

(٤) ساقط من " ط " .

(٥) هو ابراهيم بن عثمان العبسي مولاهم الكوفي قاضى واسط
" قال ابن حجر مشهور بكنيته متروك الحديث " وقال البخارى :
سكتوا عنه . مات سنة تسع وتسعين ومائة .
انظر : الضعفاء للبخارى صفحة (٢٦) ، تهذيب التهذيب :
(١٤٤/١) ، تقريب التهذيب صفحة (٢٤) .

(٦) الحكم بن عتيبة الكندى مولاهم أبو محمد ويقال أبو عبدالله
الكوفي ثقة ثبت فقيه الا أنه ربما يدلس .
قال الأوزاعي عن أبى يحيى بن أبى كثير وعبدة بن أبى لبابة
مابين لابتيها أفقه من الحكم .
وقال مجاهد بن رومي : رأيت الحكم في مسجد الخيف وعلماء الناس
عيال عليه ، وقال عباس الدورى :كان الحكم صاحب عبادة وفضل .
مات سنة ثلاث عشرة ومائة ، وقيل غير ذلك .

====

عن مِقسم [١]، عن ابن عباس [٢]، قال قال رسول الله صلى الله عليه (وسلم) [٣] في حجة الوداع ان النساء عوان عندكم لا " يملكن [٤]" من [٥] أمورهن شيئا انكم انما أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكتاب الله ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ولكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحدا وأن لا يأذن في بيوتكم لأحد تكرهونه فان فعلن من ذلك شيئا فقد حل لكم أن تضربوهن ضربا غير مبرح ألا هل بلغت قالوا اللهم نعم قال اللهم فاشهد [٦].

=== انظر: تاريخ الثقات للعجلي صفحة (١٢٦)، الثقات لابن حبان: (٤ / ١٤٤)، شذرات الذهب: (١ / ١٥١)، تقريب التهذيب صفحة (٨٠)، تهذيب التهذيب: (٢/٤٣٢-٤٣٤).

(١) هو مقسم بكسر أوله وسكون القاف بن بجرة بضم أوله وسكون الجيم ابن نجدة بفتح النون أبو القاسم ويقال أبو العباس مولى عبدالله بن الحارث بن نوفل ويقال له مولى ابن عباس للزومه له.
قال ابن حجر: صدوق كان يرسل.
وذكره البخارى في الضعفاء ولم يذكر فيه قدحا، وذكره العجلي في الثقات، مات سنة احدى ومائة.
انظر: تاريخ الثقات للعجلي صفحة (٤٣٨)، تهذيب التهذيب: (١٠ / ٢٨٨)، تقريب صفحة (٣٤٦).

(٢) تقدمت ترجمته صفحة (٥٢).

(٣) ساقط من "ص".

(٤) ط "يمكن".

(٥) ط "من هو".

(٦) هذا الحديث جزء من حديث طويل أخرجه مسلم في صحيحه: (١٨٣/٨)، وأبو داود: (٢ / ٤٦٢)، وابن ماجة: (١٠٢٥/٢) كلهم عن جابر بن عبدالله مرفوعا. ===

فموضع الدليل من هذا الحديث قوله (و)[1] استحللتم فروجهن بكتاب الله وليس في كتاب الله الا لفظ النكاح والتزويج فدل على أنه لم يستحل الفروج الا بهما ، ويدل عليه من القياس أنه عقد على منفعة فلم ينعقد بلفظ الهبة الاجارة ولأنه عقد معاوضة فلم ينعقد بلفظ الهبة كالبيع .

ولأن لفظ الهبة موضوع لعقد لايتم الا بالقبض فلم ينعقد به النكاح " كالرهن "[2] ولأنه أحد طرفي العقد فلم يصح بلفظ الهبة كالطلاق ، ولأن ماكان صريحا في عقد لم يكن صريحا في غيره كالاجارة " والبيع "[3] ولأن مالم يكن صريحا في النكاح لم ينعقد به النكاح كالاباحة والاحلال ، ولأن هبة المنافع ان لم يكن معها عوض (فهي)[4] كالعارية وان كان معها عوض جرى مجرى الاجارة عندهم " والنكاح "[5] لا ينعقد بالعارية والاجارة فكذلك بما اقتضاهما من الهبة ولأن الحقيقة في عقد لو صارت حقيقة في غيره لبطلت حقائق العقود ، " ولأن "[6] لفظ الكتابة يقوم مقام الصريح بالنية وهي مالايعلمها الشهود المشروطون في النكاح الا بالاخبار فلم ينعقد به (النكاح)[7] كالاقرار ، ولأن البيع والهبة

=== وأخرجه أحمد في مسنده : (٥ / ٧٣) ،عن أبى حرة عن أبيه مرفوعا .

(١) ساقط من " ط " .

(٢) ص " كالمهر " .

(٣) ط " في البيع " .

(٤) ساقط من " ط " .

(٥) ط " فالنكاح " .

(٦) ط " لأن " .

(٧) ساقط من " ط " .

ينافيان النكاح بدليل أن من تزوج أمة ثم ابتاعها أو استوهبها بطل نكاحها ومانافا النكاح لم ينعقد به النكاح كالطلاق ، ولأنه لفظ يوضع لاسقاط مافي الذمم فلم ينعقد به النكاح كالابراء ،ولأنه لو انعقد النكاح بلفظ البيع لا انعقد البيع بلفظ النكاح وفي امتناعها هذا اجماعا امتناع ذلك حجاجا.

فاما الجواب عن قوله قد " ملكتكها (١) " بما معك من القرآن (٢) ، فهو أن أبا بكر النيسابوري (٣) ، قال وهم فيه معمر (٤) ، فانه ماروى قد " ملكتكها (٥) " الا معمر عن أبى حازم (٦) ، وقد روى مالك (٧) ، وسفيان ابن عيينة (٨) .

---

(١) في النسختين " ملكتها " والمثبت هو الصواب .

(٢) جزء من حديث صحيح تقدم تخريجه صفحة (١٠١) .

(٣) هو أبو بكر عبدالله بن محمد بن زياد بن واصل بن ميمون النيسابوري .
قال النووي : اتفق العلماء على توثيقه وهو من أئمة الشافعية أصحاب الوجوه المتقدمين بقي أربعين سنة لم ينم الليل يصلي الصبح بطهارة العشاء جمع بين الفقه والحديث .
قال الدارقطني : مارأيت أحفظ منه . مات سنة أربع وعشرين وثلاثمائة .
انظر: تهذيب الأسماء : (٢ / ١٩٧ - ١٩٨) .

(٤) تقدمت ترجمته صفحة (٦٠٣) .

(٥) في النسختين " ملكتها " والمثبت هو الصواب .

(٦) تقدمت ترجمته صفحة (٦١١) .

(٧) تقدمت ترجمته صفحة (٧٥) .

(٨) سفيان بن عيينة بن أبى عمران ميمون الهلالي أبو محمد الكوفي ثقة حافظ امام حجة الا أنه تغير حفظه بآخره ===

وحماد بن زيد[(١)] ، وعبدالعزيز بن محمد الدراوردي[(٢)] . .

=== وكان ربما دلس لكن عن الثقات .

قال الشافعي لولا مالك وابن عيينة لذهب علم الحجاز ،

وقال ابن وهب: لاأعلم أحدا أعلم بالتفسير من ابن عيينة

وقال الامام أحمد : مارأيت أحدا أعلم بالسنن من ابن عيينة

حج رحمه الله سبعين حجة ، ومات سنة ثمان وتسعين ومائة .

انظر: شذرات الذهب : (١ / ٣٥٤) ، تقريب صفحة (١٢٨) ،

ميزان الاعتدال : (٢ / ١٧٠) .

(١) حماد بن زيد بن درهم الأزدي الجهضمي أبو اسماعيل البصري

ثقة ثبت فقيه وكان من أهل الورع والدين .

قال ابن مهدي : لم أر قط أعلم بالسنة من حماد .

وقال ابن معين : ليس أحد أثبت من حماد بن زيد .

وقال ابن حجر : قيل انه كان ضريرا ولعله طرأ عليه لأنه صح

أنه كان يكتب .

مات سنة تسع وسبعين ومائة .

انظر : شذرات الذهب : (١ / ٢٩٢) ، تهذيب التهذيب :

(٣ / ٩) ، تقريب صفحة (٨٢) .

(٢) عبدالعزيز بن محمد بن عبيد بن أبي عبيد الدراوردي أبومحمد

المدني .

قال ابن حجر : صدوق ، كان يحدث من كتب غيره فيخطئ ،

قال ابن سعد : دراورد قرية بخراسان ،

مات سنة ست أو سبع وثمانين ومائة .

انظر: شذرات الذهب : (١ / ٣١٦) ، تقريب صفحة : (٢١٦) ،

الجرح والتعديل : (٥ / ٣٩٥) .

وفضيل بن سليمان[١] ، عن أبي حازم ، عن سهل ابن سعد[٢] ، عن النبي صلى الله عليه (وسلم)[٣] أنه قال : " زوجتكها بما معك من القرآن[٤] وهذه الرواية أثبت لكثرة عدد الرواه فانهم خمسة علماء ، ثم تستعمل الروايتين ، فتحمل رواية من روى " قد زوجتكها " " على[٥] " حال العقد ومن روى " قد ملكتكها " على الاخبار (بعد)[٦] العقد عما ملكه بالعقد .

وأما الجواب عن قياسهم على (أحكام)[٧] البيع بأنه عقد يقصد به التمليك فهو أن لأصحابنا في عقد البيع بلفظ التمليك وجهان:

أحدهما : لا يصح[٨] لأن التمليك من أحكام البيع فلم ينعقد به البيع فعلى هذا يبطل الأصل .

---

(١) فضيل بن سليمان النميري بالنون مصغرا أبو سليمان البصرى صدوق له أخطاء كثيرة وحديثه فى الكتب السته .
مات سنة ثلاث وثمانين ، وقيل خمس وثمانين ومائة .
انظر: ميزان الاعتدال : (٣ / ٣٦١) ، تهذيب التهذيب : (٨ / ٢٩٢) ، تقريب التهذيب صفحة (٢٧٦).

(٢) تقدمت ترجمته صفحة (١٠١).

(٣) ساقط من " ص" .

(٤) سيأتي تخريجه صفحة (٦٠٣-٦٠٤) .

(٥) ط " في " .

(٦) ساقط من " ص" .

(٧) ساقط من " ط " .

(٨) وهو وجه ضعيف .
انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٣٢٩).

والثاني : أن البيع ينعقد به[١] ، فعلى هذا يكون " المعتبر " في انعقاد البيع بلفظ التمليك وجوب التمليك فيه على عمومه وقصوره في النكاح على العموم لأنه يملك كل المبيع ولا يملك من المنكوحة الا الاستمتاع ، وهكذا الجواب عن قياسهم على شراء الاماء .

وأما " تعليلهم[٢] " بنكاح النبي فعنه جوابان :

أحدهما : (أنه تعليل يدفع النص فكان مطرحا .

والثاني : أنه لما خص بسقوط المهر جاز أن يكون)[٣] مخصوصا باللفظ الذى يقتضى سقوط المهر ، ثم المعنى في لفظ النكاح أنه صريح فيه والبيع والهبة صريحان في غيره .

وأما قياسهم على الطلاق في وقوعه بالصريح والكناية (فالفرق بينهما[٤]) (وهو)[٥] أن النكاح قد غلظ بشروط لم تعتبر في الطلاق فلم يصح قياسه عليه في تخفيف (شروطه)[٦] على أن في النكاح شهادة مشروطة لا تتحقق في الكناية فلم تنعقد في الكناية وليس في الطلاق شهادة مشروطة فوقع بالكناية .

---

(١) قال النووى في روضة الطالبين : (٣ / ٣٣٩) ويعتبر في صحة البيع ثلاثة أمور : الأول الصيغة وهي الايجاب من جهة البائع كقوله بعتك أو ملكتك ونحوهما ، وفي ملكتك وجه ضعيف " . أى أنه لا يصح .

(٢) ص " تعليله " .

(٣) ساقط من " ص " من قوله " أنه تعليل يدفع " .. الخ .

(٤) ساقط من " ص " .

(٥) ساقط من " ط " .

(٦) ساقط من " ص " .

واما استدلالهم بعقده بالعجمية فشرح مذهبنا فيه بيان الانفصال عنه وفيه لأصحابنا ثلاثة أوجه :

أحدها : حكاه أبو حامد الاسفرائيني ، ولم يتابعه عليه أحد أنه لا ينعقد بالعجمية سواء كان عاقده يحسن العربية أولا يحسنها كما أن القراءة لا تجوز بالعجمية وان كان لا يحسن العربية فعلى هذا سقط السؤال .

والوجه الثاني : وهو مشهور قاله جمهور أصحابنا أنه ينعقد بالعجمية ، سواء كان عاقده يحسن العربية أو لا يحسنها[1] ، لأن " لفظه بالجمعية "[2] صريح فخرج عن حكم الكناية بالعربية لأن "(في)[3] كناية العربية احتمال وليس في صريح العجمية احتمال ، وخالف القرآن المعجز لأن اعجازه في نظمه وهذا المعنى يزول عنه اذا عدل عن لفظه العربي الى الكلام العجمي .

والوجه الثالث : وهو قول " أبى سعيد الاصطخرى "[4] أنه ان كان (عاقده يحسن العربية لم ينعقد بالعجمية و)[5] ان كان لا يحسن العربية انعقد بالعجمية[6] ، كأذكار الصلاة تجزئ بالعجمية " لمن[7]

---

(١) وهو الصحيح من الأوجه .
انظر: المهذب : (٢ / ٤١) ، روضة الطالبين : (٧ / ٣٦) .

(٢) ط " لفظ العجمية " .

(٣) ساقط من " ص " .

(٤) ط " أبى اسحاق الاصطحرى " والتصحيح من " ص " والمهذب : (٢ / ٤١) ، وانظر ترجمته صفحة (١٥٠) .

(٥) ساقط من " ط " من قوله " عاقده يحسن .. الخ " .

(٦) انظر: المهذب : (٢ / ٤١) ، روضة الطالبين : (٧ / ٣٦) .

(٧) ص " في التعليق " .

لا يحسن العربية ولا تجزئ لمن أحسنها فعلى هذا لا يجوز أن يجمع بين حال القدرة والعجز " والعدل "(١) عن صريح " النكاح "(٢) الى كنايته قادر والعدل عنه الى العجمية عاجز فافترقا .

فاذا قيل بالوجه الأول أنه لا ينعقد بالعجمية " مع "(٣) القدرة والعجز كان عاقده اذا لم يحسن العربية بالخيار بين(*) أن يوكل عربيا في عقده وبين أن يتعلم العربية فيعقد بنفسه.

واذا قيل بالوجه الثاني ، أنه ينعقد بالعجمية مع القدرة والعجز،(٤) فهو الخيار اذا كان يحسن العربية بين أن يعقده بالعربية وهو أولى لأنه لسان الشريعة ، وبين أن يعقده بالفارسية ، وبأي اللسانين عقده فلا يصح حتى يكون شاهدا عقده يعرفانه فان عقده بالعربية وشاهداه عجميان أو عقده بالعجمية وشاهداه عربيان لم يجز ، لأنهما اذا لم يعرفا لسان العقد لم يشهدا عليه الا بالاستخبار عنه فجرى " بينهما "(٥) مجرى الكناية .

واذا قيل بالوجه الثالث أنه ينعقد بالعجمية مع العجز ولا ينعقد بها مع القدرة فلا " يخلو "(٦) حال الولي الباذل والزوج القابل من ثلاثة أحوال :

---

(١) ط " والعاجز " .

(٢) ط " الكناية " .

(٣) ط " منها " .

(٤) يوجد في " ص " بعد قوله " والعجز " : " كان عاقده اذا لم يحسن العربية " وعليه رمز ـ لعله يشير الى وجوب حذفه .

(٥) ط " منها " .

(٦) ط " يخلوا " .

(*) ط لوحه / ٨٠ .

أحدها : أن يكونا عربيين فلاينعقد النكاح بينهما الا بالعربية .

والحال الثانية : أن يكونا عجميين فلاينعقد النكاح بينهما ان باشراه بأنفسهما الا بالعجمية .

والحال الثالثة: أن يكون أحدهما عربيا ،والآخر أعجميا فلاينعقد النكاح بينهما بالعربية لأن " العجمي(١) " لايحسنها ولا بالعجمية لأن " العربي(٢) " لايحسنها " فكانا(٣) " بالخيار " بين(٤) " أمرين أن يوكلا من يعرف أحد اللسانين " وبين(٥) " أن يتعلم العجمي منهما العربية فيجتمعان على عقده بها ولايجوز أن يتعلم العربي " العجمية " ليجتمعا على عقده بها.(٦) لأن من أحسن العربية لايجوز له العقد بالعجمية ويجوز لمن يحسن العجمية أن يعقده بالعربية .

فان قيل فهلا اختص العربي " فيه(٧) " باللفظ العربي وتفرد العجمي باللفظ العجمي .

قيل لايجوز لأن كل واحد منهما لايعرف لفظ صاحبه فيقابله عليه والله أعلم .

---

(١) ص" العجمية " .

(٢) ص" العربية " .

(٣) ط " وكانا " .

(٤) ط " بين أن " .

(٥) ط "أو بين " .

(٦) يريد بقوله :" ولايجوز أن يتعلم العربي العجمية . .الخ ان العربي لايجوز له العقد بالعجمية اذا تعلمها ، كما هو ظاهر كلامه بعد .

(٧) ط " منه " .

* مســــألة *

قال الشافعي رضى الله عنه " والفرج محرم قبل العقد " فلا[1] يحل أبدا الا أن يقول الولي زوجتكها أو أنكحتكها ويقول الخاطب قد قبلت تزويجها أو " نكاحها "[2] أو يقول الخاطب زوجنيها " فيقول "[3] الولي قد زوجتكها فلايحتاج في هذا أن يقول (الزوج)[4] قد قبلت (تزويجها)[5].

وهذا كما قال اعلم ان عقد النكاح بعد حضور الولي والشاهدين لا " يتم "[6] الا بثلاثة شروط :

أحدها : تعيين المنكوحة .

والثاني : تعيين اللفظ .

والثالث: صفة العقد .

فاما تعيين المنكوحة فيجب أن يكون بما تتميز به عن غيرها وذلك قد يكون بأحد ثلاثة أشياء ، اما بالاشارة ، واما بالاسم ، واما بالصفة .

فاما الاشارة فلاتكون الا حاضرة فيقول زوجتك هذه المرأة فيصح النكاح عليها وان لم يذكر لها " اسما "[7] (ولا نسبا لأنها قد تميزت بالاشارة

---

(١) ط " ولا " .
(٢) ط " انكاحها " .
(٣) ط " ويقول " .
(٤) ساقط من " ص " .
(٥) ساقط من " ط " .
(٦) ص " يتميز " .
(٧) في النسختين " اسم " والمثبت هو الصواب .

اسما أو نسبا أو صـفة) [١] " فلذلك حالان [٢] " موافق ومخالف فان كـان موافقا فقد أكد الاشارة بما قرنه بها من موافقة الاسم والنسب والصـفة .

" وان [٣] " كان مخالفا بأن سماها حفصة بنت زيد ، وهي عمرة بنت بكـر أو وصفها بالطويلة " وهي [٤] " قصيرة صح العقد بالاشارة اليها ولم يؤثر فيه مخالفة الاسـم والنسب والصـفة ، لأن الاشارة أبلغ في التعيين مـن كل " نسب وصفة [٥] " واما الاسم فقد تتعين به الغائبة اذا لم يشاركها فيه غيرها وهو في الأغلب اذا انفرد عن نسب لا يقع به التمييز ، فان قـرن به النسب نظر (*) فان لم يشاركها فيه غيرها من النساء تميزت به وصح العقـد عليها بما تميزت به " من [٦] " الاسم والنسب ، وان لم ينو الزوج والولـي الاشارة الى المنكوحة ، وان لم يتميز الاسم والنسب عن غيرها من النساء " لمشاركتها [٧] " فيه لغيرها نظر فان نوى الزوج والولي في نفوسـهمـا " الاشارة [٨] " الى المنكوحة صح العقد وعلى هذا أكثر عقود المناكــح " وان [٩] " لم " ينويا [١٠] " (ذلك أو واحد منهما) [١١] لم يصح العقـد لاشتباه المنكوحة بغيرها وصار بمثابة قوله قد زوجتك امرأة.

---

(١) ساقط من " ص " من قوله :" ولا نسبا لأنها قد تميزت . . الخ".

(٢) ص " ولا حالان " .

(٣) ط " فان " .

(٤) ص " وهو " .

(٥) ط " اسم ونسب وصفه " .

(٦) ط " عن " .

(٧) ط " بمشاركتها " .

(٨) ص " فالاشارة " .

(٩) ط " فان " .

(١٠) ص " ينو " .

(١١) ساقط من " ص " .

(*) ص لوحه / ١٢٠ .

واما الصفة فلاتكون بانفرادها مميزة للمنكوحة من غيرها لاشتراك الناس في الصفات حتى يقترن بها " ما "[1] يقع به التمييز من اسم أو نسب ونية (المتناكحين فيصح العقد عليها حينئذ والصفة انما تراد عند اشتباه الأنساب ليقع به التمييز)[2] مثل قد " زوجتك "[3] بنت زيد بن خالد وله بنات فيميز المنكوحة منهن اما " بالاسم "[4] اذا لم يشتركن فيه فيقول حفصة أو عمرة واما بالصفة اذا لم يشتركن فيها فيقول الطويلة أو القصيرة أو يقول السوداء أو البيضاء أو يقول الصغيرة أوالكبيرة فتصير الصفة مميزة للمنكوحة ولولاها لاشتبهت واذا كان كذلك " واراد "[5] أن يزوج بنته فان لم يكن له الا بنت (واحدة)[6] جاز أن يقول زوجتك بنتي ولايذكر لها اسما ولاصفة لأنها قد تعينت في العقد " فصح "[7] فان ذكر مع ذلك اسما أو صفة فقال بنتي حفصة أو قال بنتي الطويلة فقد أكد ان وافق الاسم والصفة (و)[8] يؤثر فيه ان خالف الاسم والصفة " قوله "[9] عمرة وقد سماها حفصة وكانت قصيرة " وقد "[10] (وصفها طويلة)[11] لأن الاسم قد ينتقل " والقصيرة "[12] (قد)[13] تكون طويلة

---

(١) ص " مع ما " .

(٢) ساقط من " ص " من قوله : " المتناكحين فيصح . . . الخ " .

(٣) ص " قد ده " .

(٤) ط " الاسم " .

(٥) ص " فأراد " .

(٦) ساقط من " ص " .

(٧) ط " فيصح " .

(٨) ساقط من " ط " .

(٩) ط " وكانت " .

(١٠) ط " مكرر " .

(١١) ساقط من " ط " .

(١٢) ط " والصغيرة " . (١٣) ساقط من " ط " .

بالاضافة الى من هي أقصر منها وان كان " للأب "[١] المزوج عدة بنات لم يصح العقد بأن يقول زوجتك بنتي حتى يميزها عن سائرهن اما بنية يتفق الأب والزوج بها على ارادة احداهن بعينها واما باسم وصفة فيقول بنتي حفصة " فتصير "[٢] بالاسم " متميزة "[٣] أو يقول بنتي الصغيرة فتصير بالصفة متميزة فيصح العقد حينئذ عليها فان جمع بين الاسم والصفة فذلك ضربان :

أحدهما : أن يكون متفقا فيقول قد زوجتك بنتي حفصة الصغيرة " والصغيرة "[٤] هي حفصة والكبيرة هي عمرة فيسم المنكوحة باسمها ويصفها بصفتها فقد أكد الاسم بالصفة " فكان "[٥] أبلغ في التمييز.

والضرب الثاني : أن يكون مخالفا فسمى " الموصوفة "[٦] بغير اسمها ووصف المسماة بغير " صفتها "[٧] لأن حفصة هي الكبيرة وقد وصفها بالصغيرة وعمرة هي الصغيرة وقد وصفها بالكبيرة فيكون المعول على الصفة دون الاسم لأن الصفة لازمة والاسم منتقل

---

(١) ط " الأب ".

(٢) ص " فيصفها ".

(٣) ص من " غير أن ".

(٤) ط " فالصغيرة ".

(٥) ط " وكان ".

(٦) ط " المضمونة ".

(٧) ط " وصفها ".

فيقع العقد على الصغيرة التى اسمها عمرة وان سمى في العقد حفصة ، فلو ميز المنكوحة من بناته فقال زوجتك بنتى الصغيرة الطويلة فان وافقت الصفتان فقد أكد احدى الصفتين "بالأخرى"[1] فكان أبلغ في التمييز. وان خالفت الصفتان فالنكاح باطل لأن كلا الصفتين لازمتان وليس اعتبار أحدهما في تمييز المنكوحة بأولى من اعتبار الأخرى ، فصارت المنكوحة "منهما"[2] (مجهولة)[3] فلذلك النكاح والله أعلم (بالصواب)[4].

* فصل *

وأما الشرط الثاني وهو تعيين اللفظ الذى ينعقد به النكاح فلفظتان لاينعقد النكاح الا بهما وهما النكاح والتزويج لأن كتاب الله تعالى قد جاء بهما.

اما النكاح "فقوله"[5] سبحانه (فَانْكِحُوا مَاطَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ)[6] "واما"[7] التزويج "فقوله"[8] سبحانه (وتعالى)[9] (فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا)[10] "لأن"[11] معناهما في اللغة متشابهان اما التزويج

---

(١) ط " الأخرى " .

(٢) ط " متهمة " .

(٣) ساقط من " ط " .

(٤) ساقط من " ط " .

(٥) ص " فبقوله " .

(٦) سورة النساء ، الآية (٣) .

(٧) ط " فاما " .

(٨) ص " فبقوله " .

(٩) ساقط من " ص " .

(١٠) سورة الأحزاب : الآية (٣٧) .

(١١) ط " ولأن " .

فهو ضم شكل الى شكل ومنه قولهم ، " أحد زوجي الخف وأحد زوجي الحمام اذا اريد واحد من اثنين متشاكلين فان " أريدا[١] معا قيل " زوج الخف وزوج الحمام[٢] ".

وأما النكاح ففيه قولان :

أحدهما : أنه كالتزويج ضم شكل الى شكل ومنه قولهم :" أنكحنا الفرا فسنرى " .

أى جمعنا بين حمار الوحش وأتانه " فسنرى[٣] " مايولد منهما[٤] .

وقال عمر بن أبي ربيعة العامرى[٥] :

---

(١) ط " أريد " .

(٢) ط " زوجا الخف وزوجا الحمام " .

(٣) ط " فسوف نرى " .

(٤) هذا المثل قاله رجل لامرأته حين خطب اليه ابنته رجل وأبى أن يزوجه فرضيت أمها بتزويجه فغلبت الأب حتى زوجها منه بكره فقال المثل هذا ، ثم ساء الزوج عشرتها فطلقها ، يضرب في التحذير من سوء العاقبة .
انظر: مجمع الأمثال : (٢ / ٢٣٥) .

(٥) هو عمر بن عبدالله بن أبى ربيعة المخزومي يكنى أبا الخطاب. وأبو جهل بن هشام بن المغيرة ابن عم أبيه وام عمر بن الخطاب حنتمة بنت هاشم بن المغيرة ابنة عم أبيه وعمر شاعر رقيق مشهور من رواة الغزل وكان فاسقا يتعرض للنساء الحواج في الطواف وغيره من مشاعر الحج ويشبب بهن فسيره عمر بن عبدالعزيز الى الدهلك وهي جزيرة حارة في بحر اليمن مرسى بلاد اليمن والحبشه كان بنوا أمية اذا سخطوا على أحد نفوه اليها " . مات سنة ثلاث وتسعين .
انظر : الشعر والشعراء لابن قتيبة : (٢/٤٥٧-٤٥٨) ، معجم الأدباء لياقوت الحموى .

أيها المنكح الثريا سهيلا ∴ عمرك الله كيف " يلتقيان "[(١)]
هي شامية اذا ماستقلت ∴ وسهيل اذا استقل يمان .[(٢)]

أي : لما لم يكن أن يجتمعا لم يجز أن يتناكحا .

والقول الثاني : (أنه)[(٣)] لزوم شيء لشيء ومنه قول الماجشون[(٤)] : استنكح المدني أي لزمه " فسمي "[(٥)] النكاح نكاحا للزوم أحد الزوجين لصاحبه وليس في معنى هاتين اللفظتين غيرهما فصار تعليلهما غير " متعد "[(٦)] للنص عليهما واذا كان كذلك فالولي والزوج مخيران " في "[(٧)] أن يعقداه بلفظ التزويج فيقول الولي قد زوجتك ويقول الزوج قد قبلت تزويجها أو يعقداه بلفظ النكاح فيقول الولي قد أنكحتك ويقول الزوج قد قبلت نكاحها أو يعقده أحدهما بلفظ النكاح والآخر بلفظ التزويج فيقول الولي قد زوجتك ويقول الزوج قد قبلت نكاحها فيكون العقد بأي هذه الألفاظ " عقدا "[(٨)] صحيحا .

---

(١) ص يجتمعان : وهي رواية : انظر: الشعر والشعراء : (٢ / ٤٦٢) .

(٢) قال عمر بن أبي ربيعة هذين البيتين حينما تزوج سهيل بن عبد الرحمن ابن عوف الزهري الثريا بنت علي بن عبد الله بن الحارث بن أمية الأصغر فنقلها الى مصر وكانت موصوفة بالجمال فقال عمر يضرب المثل بالكوكبين أيها المنكح . . . الخ .
انظر: الكامل للمبرد : (٢ / ٣٧٨) ، الشعر والشعراء : (٢ / ٤٦٢) ، ديوانه : (٢ / ٣٦٠) .

(٣) ساقط من " ط " .

(٤) عبد الملك تقدمت ترجمته صفحة (٤٥٩) .

(٥) ط " فسخ " .

(٦) ط " معتد " .

(٧) ط " بين " .

(٨) ط " عقد " .

* فصـــــل *

" وأما " [1] الشرط الثالث وهو صفة العقد وكيفيته فقد ينعقد علـى أحد وجهين : اما بالبذل والقبول ، واما بالطلب والايجاب ولهما ثلاثة أوجه :

أحدها : أن " يعقداه " [2] بلفظ الماضي .

والثاني : بلفظ المستقبل .

والثالث: بلفظ الأمر .

فان عقداه بلفظ الماضي فضربان :

أحدهما : أن يعقداه بالبذل والقبول .

والثاني : بالطلب والايجاب .

فاما عقداه بالبذل والقبول فهو أن يبدأ الولي فيقول قد زوجتك بنـتي على صداق ألف درهم ، ويقول الزوج قد قبلت نكاحها على هذا الصـداق فيكون ماابتدأ به الولي بدلا ، وماأجابه الزوج به قبولا .

واذا كان هكذا فللزوج في قبوله ثلاثة أحوال :

أحدها : أن يقول قبلت نكاحها على هذا الصداق .

والثاني : أن يقول قبلت نكاحها ولا يذكر الصداق .

والثالث: أن يقول قبلت ولا يذكر النكاح ولا الصداق.

" فاما " [3] الحال الأولى وهو أن يقول قبلت نكاحها على هذا الصـداق فقد انعقد النكاح على الصداق المسمى اذا كان قبول الزوج على الفـور

---

(١) ط " فاما " .

(٢) ص " يعقد له " .

(٣) ط " وأما " .

من بذل الولي ، ولو قال الزوج قبلت نكاحها على صداق خمسمائة وقــد بذلها الولي له بصداق ألف انعقد " النكاح[1] " ولم يلزمه فيه أحـــد الصداقين وكان لها مهر المثل لأن الألف لم يقبلها الزوج والخمسمائة لم يرض بها الولي .

وقال أبو حنيفة ينعقد على صداق خمسمائة لأنها أقل ، فصار مجتمعين عليها وان تفرد الولي بالزيادة ، وهذا خطأ لما ذكرنا .

واما الحال الثانية : وهو أن يقول قبلت نكاحها ولا يذكر قبول الصداق فيصح النكاح بقبوله ولا " يلزمه[2] " المسمى لأنه لم يذكره في القبول ويكـون لها مهر المثل .

وقال أبو حنيفة يلزم فيه الصداق المسمى بقبول النكاح (و)[3] الذى يضمنه كالبيع اذا قال بعتك عبدى بألف فقال المشترى قبلت هذا البيع لزمـــه ذلك الثمن وان لم يصرح به في قبوله كذلك النكاح .

وهذا خطأ لأن البيع لاينعقد الا بثمن فكان قبوله البيع قبولا لما تضمنه من الثمن وان لم يصرح به في قبوله وليس كذلك النكاح لأنه " قد يصح بغير صداق[4] " فلـــم يكن قبوله النكاح قبولا لما تضمنه من الصداق حتى يصـــرح به في قبوله .

---

(١) ص " الصداق " .

(٢) ص " يلزم " .

(٣) ساقط من " ط " .

(٤) ط " مكرر " .

واما الحال الثالثة : وهو أن يقول قبلت ويمسك "فلا"[١] يذكر النكاح ولا الصداق في قبوله ففيه قولان :

أحدهما : (وهو)[٢] ظاهر كلامه هاهنا وقد نص عليه صريحا في كتاب الأم[٣]، ورواه البويطي[٤]، وقاله جمهور أصحابنا أن النكاح باطل[٥].

والقول الثاني : قاله في كتاب التعريض بالخطبة من كتاب الآمالي أن النكاح صحيح وبه قال أبو حنيفة[٦]، استدلالا بأمرين :

---

(١) ط "ولا".

(٢) ساقط من "ط".

(٣) نصه في الأم : (٥ / ٣٨) وهكذا لو قال الولي قد زوجتك فلانة فقال الزوج قد قبلت ولم يقل تزويجها لم يكن نكاحا حتى يقول قد قبلت تزويجها "أهـ

(٤) هو يوسف بن يحيى القرشي أبو يعقوب البويطى المصرى الفقيه صاحب الشافعي ثقة فقيه من أهل السنة .
قال ابن عبدالبر : كان من أهل العلم والدين والفقه والثقة صلبا في السنة يرد على أهل البدع وكان حسن النظر .
وقال الربيع : مارأيت أحدا أنزع بحجة من كتاب الله من أبى يعقوب .
انظر: تهذيب التهذيب : (١١ / ٤٢٧ - ٤٢٨) تقريب صفحة (٣٨٩).

(٥) قال في المنهاج صفحة (٣٦٣) ولو قال زوجتك فقال قبلت لم ينعقد على المذهب".
وانظر : المهذب : (٢ / ٤١) ، روضة الطالبين : (٣ / ٢٧٥)، التنبيه صفحة (٩٦).

(٦) انظر: بدائع الصنائع (٣/ ١٣٣٢)

أحدهما : أن قوله قبلت انما هو جواب للبذل الصريح وجواب الصريح يكون صريحا كقوله تعالى : (فَهَلْ وَجَدْتُم مَاوَعَدَكُم رَبُّكُم حَقًّا قَالُوا نَعَمْ)[1] أى نعم وجدناه حقا وكقوله : (أَلَسْتُ بِرَبِّكُم قَالُوا بَلَى)[2] أى بلى أنت ربنا وكما لو " ادعى "[3] رجل على رجل ألف درهم فسأله الحاكم عنها وقال أله عليك ألف (درهم)[4] فقال نعم كان اقرار منه " بالألف "[5] وجرى مجرى قوله نعم علي ألف فكذلك يجب أن يكون قوله في النكاح قد قبلت بعد تقدم البذل الصريح قبولا صريحا فجرى مجرى قوله قبلت نكاحها .

والثاني : أن البذل والقبول " معتبران "[6] في عقد النكاح " كاعتبارهما "[7] في عقد البيع ثم ثبت أنه لو قال البائع بعتك عبدى هذا بألف فقال المشترى قبلت أن البيع قد انعقد وجرى ذلك مجرى قوله قبلت هذا البيع ، وجب أن يكون النكاح بمثابته (اذا قال الولي)[8] قد زوجتكها فقال الزوج قبلت أن ينعقد

---

(١) سورة الأعراف : الآية (٤٤) .
(٢) سورة الأعراف : الآية (١٧٢) .
(٣) ط " ادعا " .
(٤) ساقط من " ص " .
(٥) ط " بألف " .
(٦) في النسختين " معتبر " والمثبت هو الصواب.
(٧) في النسختين " كاعتباره " والمثبت هو الصواب .
(٨) ساقط من " ص " .

النكاح ويجرى مجرى قوله قبلت نكاحها ، فعلى هذا القول اذا جعلناه قبولا صحيحا يكون قبولا للنكاح والصداق جميعا لأن القبول مطلق " فرجع[1] " الى جميع ماتقدم من ذكر النكاح والصداق وخالف قوله " قبلت " نكاحها حيث جعلناه راجعا الى قبول النكاح الذى سماه دون الصداق الذى أغفله لأن مع التسمية يصير تخصيصا ومع الاطلاق يكون عموما .

واذا قيل بالقول الأول أن النكاح باطل وهو أصح القولين[2] ، فدليله ماقدمناه (من)[3] أن عقد النكاح لايتم الا بصريح اللفظ دون المعنى وقوله قبلت ، فيه معنى التصريح وليس بصريح (فلم)[4] ينعقد به النكاح وجاز أن ينعقد به البيع لأنه يتم بالصريح وبمعنى الصريح بخلاف النكاح وليس اطلاق جواب الصريح يكون صريحا في جميع الأحوال ألا ترى لو قالت " امرأة[5] " لزوجها طلقنى ثلاثا فقال نعم لم يكن ذلك صريحا في طلاقها وان كان جوابا ، ولو قال نعم أنت طالق لم يكن ثلاثا وان سألته ثلاثا فلم يسلم الاستدلال لما ذكرنا من الفرق بينهما ولا " كان[6] " اطلاق الجواب كالصريح لما ذكرنا .

---

(١) ط " فيرجع " .
(٢) انظر صفحة (٢٢٧) .
(٣) ساقط من " ص " .
(٤) ساقط من " ص " .
(٥) ط " المرأة " .
(٦) ط " بأن " .

" فأما[(١)] اذا قرر النكاح بينهما " وسيط[(٢)] من حاكم أو خطيب فقال " للولي[(٣)] زوجته فلانة فقال نعم وقال للزوج قبلت نكاحها فقال نعم لم ينعقد النكاح قولا واحدا لأن صريح اللفظ لم يوجد من واحد منهما .

وقال أبو حنيفة : ينعقد ، بناء على أصله واعتبارا بالبيع فى أن رجلا لو قال للبائع بعته عبدك هذا بألف فقال نعم وقال " للمشترى[(٤)] " اشتريته بألف فقال نعم أن البيع منعقد فكذلك النكاح .

وهذا خطأ لما " ذكرناه[(٥)] " من أن معنى الصريح لايقوم في النكاح مقام الصريح ويقوم في البيع مقام الصريح ولأن النكاح لما خالف البيع في تغليظه بالولي والشاهدين خالفه في تغليظه بصريح اللفظ دون معناه ولأن " قوله[(٦)] " نعم اقرار وبضع المنكوحة لايملك بالاقرار فهذا حكم عقد النكاح بالبذل والقبول .

* فصــــل *

فاما عقده بالطلب والايجاب فهو أن يبذل الزوج فيقول للولي زوجني بنتك على صداق ألف فيقول الأب قد زوجتكها على هذا الصداق فيصح

---

(١) ط " واما " .

(٢) ص " بوسيط " .

(٣) في النسختين " الزوج " والمثبت هو الصواب اذ هو المفهوم من السياق .

(٤) ص " المشترى " .

(٥) ص " ذكرنا " .

(٦) ط " قول " .

" العقد ولا "[1] يحتاج الزوج أن يعود فيقول قد قبلت نكاحها ووافقنا أبو حنيفة عليه[2].

وكذلك في البيع اذا ابتدأ المشترى فقال بعني عبدك هذا بألف فقال قد بعتك هذا العبد بها صح البيع ولم يحتج المشترى أن يقول بعده قد قبلته .

وخالفنا أبو حنيفة في البيع فقال لا يصح حتى يعود المشترى فيقول قد قبلت بخلاف النكاح[3].

وهذا خطأ لأن شروط النكاح أغلظ من شروط البيع فكان ما صح به النكاح أولى أن يصح به البيع فاذا صح ماذكرنا من تمام العقد بالطلب والايجاب كتمامه بالبذل والقبول فان البذل هو ماابتدأ به الولي والقبول ماأجاب به الزوج .

" وان "[4] الطلب ماابتدأ به الزوج والايجاب ماأجاب به الولي فيكون النكاح منعقدا من جهة الولي على أحد وجهين اما بالبذل ان كان مبتديا أو بالايجاب ان كان مجيبا ومن جهة الزوج " منعقدا "[5] على أحد وجهين . اما بالطلب ان كان مبتديا أو بالقبول ان كان مجيبا فصار

---

(١) ص " غير واضح " .

(٢) انظر: بدائع الصنائع : (٣/١٣٣٠-١٣٣١) ، المنهاج صفحة (٣٦٣) ، التنهيه صفحة (٩٦) ، المهذب : (٢/٤١) .

(٣) قال في الهداية (٣/٢١) " والبيع ينعقد بايجاب وقبول اذا كانا بلفظي الماضي مثل أن يقول أحدهما بعت والآخر اشتريت لأن البيع انشاء تصرف والانشاء يعرف بالشرع والموضوع للاخبار قد استعمل فيه فينعقد به ولا ينعقد بلفظين أحدهما لفظ المستقبل ، والآخر لفظ الماضى بخلاف النكاح " انظر : بدائع الصنائع : (٣/١٣٣١) .

(٤) ص " فان " .   (٥) ط " منعقد " .

طلب الزوج في الابتداء قبولا في الانتهاء وقبوله في الانتهاء طلبا في الابتداء (وصار بذل الولي في الابتداء)[١] ايجابا في الانتهاء (وايجابه في الانتهاء)[٢] بذلا في الابتداء واذا كان ذلك كذلك لم يخل ايجاب الولي بعد طلب الزوج من ثلاثة أحوال كما ذكرنا في قبول الزوج بعد بذل الولي .

أحدها : أن يقول " الولي "[٣] قد زوجتكها على هذا الصداق الذى بذلته فينعقد النكاح على الصداق الذى سماه الزوج وهو ألف .

والحال الثانية : أن يقول الولي قد زوجتكها ولا يقول على هذا الصداق فيصح العقد ولا يلزم فيه ذلك " المسمى "[٤] من الصداق لأن الولي ماصرح بالاجابة اليه . وعند أبى حنيفة[٥] يكون منعقدا على الصداق المبذول واذا بطل " المسمى "[٦] عندنا كان لها مهر المثل فلو كان الأب قال (قد)[٧] زوجتكها على صداق " الفين "[٨] لم يلزم واحد من الصداقين ، وكذا عند أبي حنيفة ويكون لها مهر المثل . ولو كان الأب قال قد زوجتكها على صداق خمسائة لم يلزم

---

(١) ساقط من " ط " .
(٢) ساقط من " ط " .
(٣) ط " الزوج " .
(٤) في النسختين : " المسما " .
(٥) تقدمت ترجمته صفحة (٥٥) .
(٦) في النسختين " المسما " .
(٧) ساقط من " ص " .
(٨) ص " غير واضح " .

واحد من الصداقين عندنا ، وقال أبو حنيفة يلزم أقلهما ويصير الأب مبرئا له من الزيادة .

والحال الثالثة : أن يقول الولي " بعد[1] طلب الزوج قد فعلت أو يقول قد أجبتك ولا يقول " قد[2] زوجتكها فلا ينعقد النكاح عندنا قولا واحدا بخلاف ماذكرنا من القولين في قبول الزوج والفرق بينهما أن الولي هو المملك لبضع المنكوحة والزوج هو المتملك فكان اعتبار الصريح في لفظ المملك أقوى من اعتباره في لفظ المتملك ، وعند أبي حنيفة يكون النكاح منعقدا على أصله.

* فصل *

فاذا ابتدأ الولي فقال تزوجت بنتي على صداق ألف ، فقال الزوج قد تزوجتها على هذا الصداق لم يصح العقد حتى يعود الولي فيقول قد زوجتكها لأن قوله في الابتداء تزوجت بنتي ليس (ببذل منه)[3] ولا اجابة وانما هو استخبار والنكاح (لا)[4] ينعقد من جهة الولي الا بالبذل ان كان مبتديا أو بالاجابة ان كان مجيبا واذا كان كذلك صار ماابتدأ به الولي (من)[5] الاستخبار غير مؤثر في العقد ويكون جواب النكاح طلبا فكذلك

---

(١) ط " قد ".

(٢) ط " قد رقد ".

(٣) ساقط من " ص " .

(٤) ساقط من " ص " .

(٥) ساقط من " ط " .

ماافتقر الى ايجاب الولي بأن يعود فيقول قد زوجتك فيصير النكاح منعقدا بالطلب والايجاب وهكذا لو ابتدأ الزوج فقال للولي زوجني بنتك فقال قد زوجتكها لم يصح العقد لأن ماابتدأ به الزوج "استخبار(١)" والعقد لا يتم من قبل الزوج الابالطلب ان كان مبتديا "أو(٢)" بالقبول ان كان مجيبا وليس استخباره طلبا ولا قبولا فان "عاد(٣)" الزوج فقال قد قبلت تزويجها صح العقد حينئذ بالبذل والقبول فهذا حكم العقد باللفظ الماضي في البذل والقبول وفي الطلب والايجاب .

- فصل -

وأما عقده باللفظ المستقبل فمثاله ان بذل الولي أن يقول ازوجك بنتي فيقول الزوج أتزوجها فلا يصح العقد بقول الولي ولا بقول الزوج لأن(*) قول كل واحد منهما وعد بالعقد وليس بعقد ولو كان الزوج قال قد تزوجتها صار قوله طلبا "وان(٤)" كان قول الولي وعدا فان عاد الولي فقال قد زوجتكها صح العقد بالطلب والايجاب ولو بدأ الزوج فقال للولي اتزوج بنتك فقال الولي ازوجكها لم يصح العقد بقول واحد منهما لأن قول كل واحد منهما وعد بالعقد وليس بعقد ولو كان الولي قال قد زوجتك صار قولا بذلا فان عاد الزوج فقال قد قبلت تزويجها صح العقد بالبذل والقبول وهكذا ان دخل على اللفظ المستقبل حرف الاستفهام فقال الولي أزوجك بنتي أو قال الزوج أتزوج بنتك لم يصح العقد بواحد من اللفظين لأنه استفهام للوعد فكان أضعف من مجرد الوعد فان تعقبه من أحدهما مايكون بدلا أو طلبا روعي في مقابلة الطلب الايجاب وفي مقابلة البذل القبول .

---

(١) ص "استخبارا" .

(٢) ط "و" .

(٣) ص "مكرر" .

(٤) ط "فان" .

(*) ص لوحه / ١٢٥ .

* فصــــل *

واما عقده بلفظ الأمر فمثاله ان بدأ الولي أن يقول تزوج بنتي فيقول الزوج قد تزوجتها فلا يصح العقد حتى يعود الولي فيقول قد زوجتكهـا ولو بدأ الزوج فقال للولي زوجني بنتك فقال قد زوجتكها صح العقـــد ولم يحتج الزوج أن " يعيد بعده "(١) قبولا والفرق بين ماابتدأ بـــه الولي من لفظ الأمر أنه لا يصح به العقد وبين ما ابتدأ به "(٢) الزوج مـن لفظ الأمر أنه يصح به العقد أن " المراعى "(٣) من جهة الولي البـــذل ان ابتدأ والايجاب ان أجاب وليس في أمره بذل ولا ايجاب فلم يصـــح به العقد " والمراعى "(٤) من جهة الزوج الطلب ان ابتدأ والقبول ان أجاب وأمره يتضمن الطلب وان لم يتضمن القبول " فصح "(٥) به العقد وتم الطلب والايجاب .

* فصــــل *

فاذا صح ماذكرنا من صفة العقد وكيفيتـه فلتمامه وابرامه ثلاثـــة شـروط :

أحدها : أن يكون قبول الزوج على الفور من بذل الولي فان تراخـــى مابينهما بسكوت وان قل لا يصح العقد الا ليكون لبلع ريـــق أو انقطاع نفس فيصح العقد وان تخللته هذه السكتة لأنـــه لا يمكن الاحتراز منها .

---

(١) ص " يعيده فيه " .

(٢) ط " ابتدأه " .

(٣) في النسختين " المراعا " .

(٤) في النسختين " والمراعا " . (٥) ط " وصح " .

والشرط الثاني : أن لا يكون بين بذل الولي وقبول الزوج كلام ليس ببذل ولا قبول فان تخلل بينهما كلام ليس منهما لم يصح العقد لأن خروجهما الى غيره من الكلام قطع بحكم ما تقدم ولكن لو قال الولي قد زوجتك بنتي فاقبل النكاح مني لم يكن هذا قطعا لحكم بذله لأنه حث منه على القبول وهكذا لو قال زوجتك بنتي فقل لي قد قبلت نكاحها لم يكن قطعا لحكم بذله لأنه تفسير لقوله فاقبل النكاح مني فاما اذا قال " زوجتك "(١) بنتي فاحسن اليها أو قال فاستوص بها خيرا كان هذا قطعا لبذله لانها قضية لا تتعلق بالبذل ولا بالقبول ولكن لو قال قد زوجتك على ما أمر الله تعالى به من امساك بمعروف أو تسريح باحسان صح العقد ولم يكن ذلك قطعا لأنه وان تضمن " معنى "(٢) الوصية فهو بيان لحكم البذل والقبول .

والشرط الثالث : أن يكون الولي عند قبول الزوج من أهل العقد فان قبل الزوج وقد مات الولي أوجن أو اغمى عليه لم يصح العقد لبطلان بذله بخروجه من أهل العقد فاذا تكاملت شروط العقد على ماوصفنا فقد انعقد ناجزا لا يثبت فيه لواحد من الزوجين خيار المجلس بالعقد ولا خيار " الثلاث بالشروط "(٣) بخلاف البيع لأن الخيار موضوع لاستدراك المعاينة في الأعواض وليس النكاح من عقود المعاوضات لجوازه مع الاخلال بذكر

---

(١) ص " قد زوجتك " .

(٢) ص " صفة " .

(٣) ص " الثلث لشروط " .

العوض من الصداق فان شـــرط فيه خيار الثلاث أبطله .

وقال أبو حنيفة يبطل الخيار ولا يبطل النكاح . وهذا خطأ لأن الشـــروط المنافية للعقود تبطلها كالشروط في سائر العقود والله أعلم .

* مسـألة *

قال الشافعي (رضى الله عنه)[١] وأحب أن يقدم بين يدى خطبته وكل أمر طلبه سوى الخطبة حمد الله والثناء عليه والصلاة على رسول الله صلى الله عليه (وسلم)[٢] والوصية بتقوى الله تعالى ثم يخطب واحب للولي أن يفعل مثل ذلك وأن يقول " كما[٣] قال ابن عمر[٤] : انكحتك على ماأمر الله من من امساك بمعروف أو تسريح باحسان "[٥].

اعلم أن خطبة النكاح قبل الخطبة سنة مستحبة وليست بواجبة ،

---

(١) ساقط من " ص " .

(٢) ساقط من " ص " .

(٣) ص " ما " . (٤) تقدمت ترجمته صفحة (   ) .

(٥) هذا الأثر أخرجه ابن أبى شيبة في المصنف : (٤ / ٣٨٢) ، عن شعبة عن أبى بكر بن حفص قال : سمعت عروة بن الزبير يقول خطبت الى ابن عمر ابنته فقال ابن أبى عبدالله لأهل أن ينكح نحمد الله ونصلى على النبي عليه السلام وقد زوجناك على ماأمر الله به امساك بمعروف أو تسريح باحسان " .

وأخرجه البيهقي في السنن : (٧ / ٨٩) ،باختلاف يسير.

وأخرجه عبدالرزاق في مصنفه : (٦ / ٨٩) عن سليمان بن أبى يحيى قال خطبت الى ابن عمر مولاة له فما زادني على أن قال : أنكحتك على تمسك بمعروف أو تسريح باحسان " .

وانظر : مختصر المزني صفحة (١٦٦) .

وقال أبو عبيد القاسم بن سلام [١]، وداود بن علي [٢]، خطبة النكاح واجبة [٣].

استدلالا برواية الأعرج [٤]، عن...

---

(١) القاسم بن سلام بالتشديد أبو عبيد البغدادي صاحب التصانيف ثقة فاضل امام مشهور.
قال اسحق بن راهوية الحق يحبه الله أبو عبيد أفقه مني وأعلم مني.
وقال هلال ابن العلاء الرقي: أبو عبيد فسر غريب الحديث ولولاه لاقتحم الناس الخطأ.
وقال ابن حبان: كان أبو عبيد أحد أئمة الدنيا صاحب حديث وفقه ودين وورع ومعرفة بالأدب وأيام الناس جمع وصنف واختار وذب عن الحديث ونصره وقمع من خالفه. مات سنة أربع وعشرين ومائتين.
انظر: ميزان الاعتدال: (٣ / ٣٧١)، تهذيب التهذيب: (٨ / ٣١٥ - ٣١٦)، تقريب صفحة: (٢٧٨)، شذرات الذهب: (٢ / ٥٤).

(٢) تقدمت ترجمته صفحة (١٨٣).

(٣) انظر: المغني لابن قدامة (٧ / ٨٢) بداية المجتهد (٢ / ٣)

(٤) هو عبدالرحمن بن هرمز، وقيل ابن كيسان الأعرج أبو داود المدني مولى ربيعة بن الحارث ثقة ثبت عالم بالأنساب والعربية، كثير الحديث.
مات سنة عشرة ومائة.
انظر: تاريخ الثقات للعجلي صفحة (٣٠٠)، تهذيب التهذيب: (٦ / ٢٩٠)، تقريب صفحة (٥١١).

أبى سلمة،[١] عن أبى هريرة[٢]، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: كل أمر ذى بال لم يبدأ فيه بحمد الله فهو ابتر.[٣]

---

(١) هو أبو سلمة بن عبدالرحمن بن عوف بن عبد عوف الزهرى المدني، قيل اسمه عبدالله، وقيل اسماعيل، وقيل اسمه كنيته، كان ثقة فقيها كثير الحديث.
قال عقيل عن الزهرى قال ابراهيم بن عبدالله بن قارظ وأنا بمصر لقد تركت رجلين من قومك لا أعلم أكثر حديثا منهما عروة ابن الزبير وأبو سلمة بن عبدالرحمن.
مات سنة أربع ومائة، وقيل غير ذلك.
انظر: تهذيب التهذيب: (١٢ / ١١٥ - ١١٧)، تقريب صفحة (٤٠٩).

(٢) تقدمت ترجمته صفحة (١١٣).

(٣) هذا الحديث أخرجه الامام أحمد في مسنده: (٢ / ٣٥٩)، وأبو داود: (٥ / ١٧٢)، وابن ماجة: (١ / ٦١٠)، وابن حبان في صحيحه كما في الموارد صفحة (٤٨٨).
فبعضهم قال أقطع، وبعضهم أجذم، وبعضهم أبتر.
وأخرجه الدارقطني في سننه: (١ / ٢٢٩)، وقال " تفرد به قرة عن الزهرى عن أبى سلمة عن أبى هريرة، وأرسله غيره عن الزهرى عن النبي صلى الله عليه وسلم، وقرة ليس بالقوى في الحديث، ورواه صدقة عن محمد بن سعيد عن الزهرى عن عبدالرحمن بن كعب بن مالك عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا يصح الحديث، وصدقة ومحمد بن سعيد ضعيفان والمرسل هو الصواب " أهـ.
وقال الألباني في الارواء: (١ / ٣٢) بعد أن ذكر طرق الحديث " وجملة القول أن الحديث ضعيف لاضطراب الرواة فيه على الزهرى، وكل من رواه عنه موصولا ضعيف أو السند اليه ضعيف =====

ولأن النبي صلى الله عليه وسلم ماعقد لنفسه نكاحا الا بعد خطبة.
فكان الخاطب في تزويجه (بخديجة[1]) عمه "أبا[2]" طالب[3].

=== والصحيح عنه مرسلا كما تقدم عن الدارقطني وغيره والله أعلم" أهـ

قلت : الحديث صححه أحمد شاكر كما في تحقيق المسند : (١٦ / ٢٩٠) رقم (٨٦٩٨) وحسنه النووي في رياض الصالحين صفحة (٥٢٨) ، وابن الصلاح كما في أسنى المطالب صفحة (٢٣٩) ، ورمز له السيوطي في الجامع الصغير : (٥/١٣) بالحسن وحسنه العجلوني في كشف الخفاء : (٢ / ١٥٦) ، وقال أبو الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادى في التعليق المغنى : (١ / ٢٢٩) والحديث قد أخرجه البيهقي باسناد حسن .

وانظر : طبقات الشافعية للسبكي من صفحة ٧ - الى صفحة (١٤) فقد أفاض في دراسة طرق الحديث .

(١) ساقط من "ص" .
وانظر : ترجمة خديجة صفحة (١٥٤) .

(٢) ط "أبو" .

(٣) وكان مما قاله في تلك الخطبة " أما بعد فان محمدا لا يوازن به فتى في قريش الا رجح به شرفا ونبلا وفضلا وعقلا وان كان في المال قل فانما المال ظل زائل وعارية مسترجعة وله في خديجة بنت خويلد رغبة ولها فيه مثل ذلك فقال عمها عمرو بن أسد هو الفحل الذى لا يقدع انفه . فانكحها منه " انظر الروض الأنف : (١ / ٢١٣) .

وكان الخاطب في تزويجه بعائشة طلحة بن عبيد الله[١]، وزوج فاطمة بعلي[٢]، فخطبا جميعا[٣].

ولأنه عمل مقبول قد اتفق عليه أهل الأعصار في جميع الأمصار فكان اجماعا لا يسوغ[٤] خلافه، ولأن ماوقع به الفرق بين مايستتر به (من الزنى ويعلن من النكاح كان واجبا في النكاح)[٥] كالولي والشهود.

والدليل على صحة ماذهبنا اليه من استحبابها دون وجوبها وهو قول جمهور الفقهاء[٦]، قول الله تعالى: (فَانْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ)[٧] فجعل الاذن شرطا دون الخطبة.

ولأن النبي صلى الله عليه وسلم حين زوج الواهبة لنفسها من خاطبها قال: " قد زوجتكها بما معك من القرآن "[٨] ولم يخطب.

---

(١) تقدمت ترجمتهما صفحة (٤٨ - ١١٢) ولم أجد خطبة عبيد الله.

(٢) تقدمت ترجمتهما صفحة (١٣١).

(٣) لم أجد ذلك. وقد ذكره في التحفة: (٧ / ٢١٥) فقال: " وذكر الماوردى أنه صلى الله عليه وسلم زوج فاطمة .. الخ ولم يذكر من رواه.

(٤) ص " يسع ".

(٥) ساقط من " ص ".

(٦) انظر: المنهاج صفحة (٣٦٢)، المغنى لابن قدامة: ٧/ ٨١-٨٢) الخرشي: (٣ / ١٦٧).

(٧) سورة النساء، الآية (٢٥).

(٨) تقدم تخريجه صفحة (١٠١).

وروى أن رجلا من بني سليم خطب من رسول الله صلى الله عليه وسلم أمامة بنت عبد المطلب فأنكحها ولم يخطب.(١)

وروى "أن الحسين بن علي.(٢) (رضى الله عنه)(٣) زوج بعض بنات أخيه الحسن(٤)، وهو يتعرق عظما"(٥) أى لم يخطب تشاغلا به.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه: (٢ / ٥٩٣) عن رجل من بني سليم قال خطبت الى النبي صلى الله عليه وسلم أمامة بنت عبد المطلب فانكحني من غير أن يتشهد،
وأخرجه البخارى في التاريخ الكبير: (١ / ٣٤٣-٣٤٥) وذكر الاختلاف فيه وقال اسناده مجهول.
وأخرجه البيهقي في السنن: (٧ / ١٤٧) وضعفه الألباني في الارواء: (٦ / ٢٢٢).

(٢) الحسين بن علي بن أبي طالب بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف القرشي الهاشمي أبو عبد الله ريحانة النبي صلى الله عليه وسلم وهو سيد شباب أهل الجنة أمه فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم سيدة النساء وفضائله ومناقبه لا تحصى، وقد قتل بكربلاء من أرض العراق قتله سنان ابن أنس النخعي سنة احدى وستين.
انظر: أسد الغابة: (٢ / ١٨-٢٣).

(٣) ساقط من "ص".

(٤) تقدمت ترجمته صفحة (   ).

(٥) في مصنف عبد الرزاق: (٦ / ١٨٨) عن الثورى عن جعفر بن محمد قال: "ان كان الحسين بن علي ليزوج بعض بنات الحسن وهو يتعرق العظم".
وقوله يتعرق العظم: يقال عرقت العظم وتعرقته اذا أخذت اللحم عنه باسنانك نهشا "أهـ.
انظر: لسان العرب: (١٠ / ٢٤٤)، القاموس: (٣ / ٢٧٢).

وروى أن ابن عمر زوج بنته فما زاد على أن قال : " زوجتكها على ماأمر الله تعالى به من امساك بمعروف أو تسريح باحسان "(١)

ولأن الخطبة لو وجبت في النكاح لبطل بتركها وفي اجماعهم على صحة النكاح مع تركها دليل على استحبابها دون وجوبها ولأن النكاح عقد فلم تجب فيه " الخطبة "(٢) كسائر العقود .

فاما الاستدلال بالخبر ، فلم يخرج مخرج الأمر فيلزم وانما أخبر أنه أبتر وليس في هذا القول دليل على الوجوب على أن للخبر سببا محمول قد " ذكرناه "(٣) في أول الكتاب .

وأما استدلالهم بأن النبي صلى الله عليه (وسلم)(٤) ماعقد نكاحا الا بعد خطبة فقد قيل انه نكح بعض نسائه بغير خطبة .(٥)

وقد زوج (*) الواهبة نفسها بغير خطبة ، وليس ماااستدلوا به من العمل المنقول اجماعا لما روينا خلافه فلم يكن فيه دليل ،ولا في كونها فرقا بين الزنى والنكاح دليل على وجوبها كالولائم .

---

(١) تقدم تخريج هذا الأثر صفحة (٦٣٨) .

(٢) ط " الحط " .

(٣) ط " ذكرنا " .

(٤) ساقط من " ص " .

(٥) تقدم صفحة (٦٤٣) .

(*) ط لوحه / ٨٥ .

* فصـــــــل *

فاذا ثبت استحباب الخطبة فهي مشتملة على أربعة فصول :

أحدها : حمد الله والثناء عليه .

والثاني : الصلاة على نبيه صلى الله عليه (وسلم)[١] .

والثالث: الوصية بتقوى الله وطاعته .

والرابع : قراءة آية والأولى أن تكون مختصة بذكر النكاح كقوله تعالـــى : (وَانْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ)[٢] وكقوله : (وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا)[٣] فان قرأ آية لا تتعلق بذكر النكاح جاز لأن المقصود بها التبرك بكلام الله تعالى وقد رويت خطبة النبي صلى الله عليه (وسلم)[٤] أنه كان يقول فيها .

" الحمد لله نحمده ونستغفره (ونستعينه)[٥] ونستنصره ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له وأشهد أن لا إله[٦] الا الله وأن محمد عبده ورسوله ، اتقوا الله وقولوا قولاً سديداً يصلح لكم أعمالكم ويغفر لكم ذنوبكم "[٧] الآية .

---

(١) ساقط من " ص " .

(٢) سورة النور الآية (٣٢) .

(٣) سورة الفرقان ، الآية (٥٤) .

(٤) ساقط من " ص " .

(٥) ساقط من " ط " .

(٦) ص " الاه " .

(٧) أخرجه أبو داود في سننه : (٢ / ٥٩١ - ٥٩٢) والترمذى : (٣ / ٤١٥) ، وابن ماجة : (١ / ٦١٠) وعبدالرزاق في المصنف : (٦ / ١٨٧) ، وابن أبي شيبة : (٤ / ٣٨١) ، والحاكم في =====

وروى عن علـي بن أبي طالـب[١]، رضوان الله عليه أنه خطب فقـــال المحمود الله والمصطفى رسول الله (صلى الله عليه وسلم)[٢] وخـــير ما "أفتتح[٣] به كتاب الله قال الله تعالى : (وَانْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ[٤] الآية .

(ورُوي من خطـب بعض السلف الحمد لله شـكرا لأنعمه وأياديه وأشهد أن لااله الا الله شهادة تبلغه وترضيه وصلى الله على محمد صلاة تزلفـــه وتخطيه واجتماعنا هذا مما قضاه الله وأذن فيه والنكاح مما أمر اللـــه به ورضيه ، قال الله تعالى : (وَانْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ[٥]) الآية[٦]) .

==== المستدرك : (٢ / ١٨٣) ،والنسائي : (٦ / ٨٩) ، والبيهقـي في السنن : (٧/١٤٦ - ١٤٧) عن عبدالله بن مسعود قـــال علمنا رسول الله صلى الله عليه وسلم خطبة الحاجة " أن الحمد للـه نستعينه ونستغفره ، ونعوذ به من شـرور أنفسنا من يهده اللـــه فلامضل له ومن يضلل فلاهادى له وأشهد أن لااله الا اللـــه وأشهد أن محمدا عبده ورسوله : (يَاأَيُّهَا الَّذِيْنَ آمَنُوا اتَّقُــوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُوْنَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّه كَانَ عَلَيْكُم رَقِيْبًا) (يَاأَيُّهَـا الَّذِيْنَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنْتُمْ مُسْـلِمُوْن " (يَاأَيُّهَا الَّذِيْنَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيْدًا يُصْلِحْ لَكُــم أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوْبَكُمْ وَمَنْ يُطِعِ اللَّهَ وَرَسُوْلَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيْمًا) اللفظ لأبى داود ، وقال الترمذى حديث عبدالله حســـن ، وقال الهيثمى في مجمع الزوائد : (٤ / ٢٨٨) رواه أبو يعلــى والطبراني في الأوسط والكبير باختصار ورجاله ثقات .

(١) تقدمت ترجمته صفحة ( ) .

(٢) ساقط من " ص " .

(٣) ص " امضح " .

(٤) سورة النور ، الآية (٣٢) والأثر عن علي لم أجده .

(٥) سورة النساء ، الآية (٣٢) .

(٦) ساقط من " ص " من قوله وروى من خطب بعض السلف " . الخ .

فتكون الخطبة على ماوصفنا قال الشافعي[١] " وأحب أن يقول الولي مثل ماقال ابن عمر " قد أنكحتك على ماأمر الله من امساك بمعروف أوتسريح باحسان "[٢].

* فصل *

فاذا تقرر ماوصفنا من حال الخطبة نظر في الخاطب فان كان غير المتعاقدين وهو ماعليه الناس في زماننا " كانت "[٣] خطبته نيابة عنهما ، وان خطب أحد المتعاقدين فيختار أن يخطبا معا لأن كل واحد منهما مندوب الى مثل ماندب اليه الآخر.

ولأن النبي صلى الله عليه (وسلم)[٤] لما زوج عليا خطبا جميعا[٥].

والأولى أن يبدأ الزوج بالخطبة ثم يعقبه الولي بخطبته ليكون الزوج طالبا ويكون الولي مجيبا " فان "[٦] بدأ الولي بالخطبة ثم خطب الزوج بعده جاز فان تقدمت خطبتاهما قبل البذل والقبول أو قبل الطلب والايجاب ثم عقد النكاح بعد الخطبتين بالبذل والقبول أو بالطلب والايجاب

---

(١) انظر: مختصر المزني صفحة (١٦٧).

(٢) هذا الأثر تقدم تخريجه صفحة (٦٣٨).

(٣) في النسختين " كان " والمثبت هو الصواب.

(٤) ساقط من " ص ".

(٥) تقدم صفحة (٦٤٢).

(٦) ط " وان ".

(صح العقد فاما اذا تقدمت احدى الخطبتين وكانت الخطبة الثانية بين البذل والقبول أو بين الطلب والايجاب)[١] فقد قال أبو حامد الاسفرائيني[٢] : أن العقد صحيح لأن ماتخللهما من الخطبة الثانية مندوب اليه في العقد فلم يفسد به العقد.[٣]

وهذا خطأ والصحيح وهو ظاهر من قول أصحابنا كلهم أن العقد باطل لأمرين :

أحدهما : تطاول مابين البذل والقبول .

والثاني : "أنه"[٤] اذا "كانت"[٥] الخطبة ليست من البذل ولا من القبول

---

(١) ساقط من "ص" من قوله " صح العقد " الى قوله والايجاب.

(٢) تقدمت ترجمته صفحة (٢٦٣).

(٣) قال في المهذب : (٢ / ٤١) فان فصل بين القبول والايجاب بخطبته بأن قال الولي زوجتك وقال الزوج بسم الله والحمد لله والصلاة على رسول الله قبلت نكاحها ففيه وجهان:
أحدهما : وهو قول الشيخ أبي حامد الاسفرائيني رحمه الله أنه يصح لأن الخطبة مأمور بها للعقد فلم تمنع صحته كالتيمم بين صلاتي الجمع .
والثاني : لايصح لأنه فصل بين الايجاب والقبول فلم يصح كما لو فصل بينهما بغير الخطبة ويخالف التيمم فانه مأمور به بين الصلاتين والخطبة مأمور بها قبل العقد .
وقال في المنهاج صفحة (٣٦٢) ولو خطب الولي فقال الزوج الحمد لله والصلاة على رسول الله صلى الله عليه وسلم صح النكاح على الصحيح بل يستحب ذلك قلت الصحيح لا يستحب والله أعلم " أهـ.

(٤) ص " أن ".

(٥) في النسختين "كان " والمثبت هو الصواب.

وماقاله من أن الخطبة الثانيه مندوب اليها في العقد فلم يفسد بها العقد فصحيح اذا كانت في محلها قبل العقد فأما في خلال العقد فلم يندب اليها فجاز أن يفسد بها العقد والله أعلم .

باب

مَا يَحِلُّ مِنَ الحَرَائِرِ وَيَحْرُمُ وَلا يَتَسَرَّى العَبْدُ وَغَيْرِ ذَلِكَ مِنَ الجَامِعِ مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ وَكِتَابِ ابْنِ أَبِي لَيْلَى[1]

(١) تقدمت ترجمته صفحة (٢١٥) .

قال الشافعي (رضي الله عنه)[1] " انتهى الله عز وجل بالحرائر الى أربع تحريما لئلا يجمع أحد غير النبي صلى الله عليه (وسلم)[2] بين أكثر من أربع[3] ".

وهذا كما قال أكثر مايحل للحر أربع لايجوز له الزيادة عليهن وهو قول سائر الفقهاء[4].

" وحكى "[5] عن القاسم بن ابراهيم[6] ومن نسب الى مقالته من " القاسمية "[7] وطائفة من الزيديه ، أنه يحل نكاح تسع[8] ، استدلالا بقوله تعالى : (فَانْكِحُوا مَاطَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ[9]) بواو الجمع والمثنى مبدل من اثنين والثلاث مبدل من ثلاث والرباع مبدل من أربع فصار مجموع الاثنين والثلاث والأربع تسعا[10].

---

(١) ساقط من " ص " .

(٢) ساقط من " ص " .

(٣) انظر: مختصر المزني صفحة (١٦٧) .

(٤) انظر: تحفة الفقهاء : (٢ / ١٢٥) ، بدائع الصنائع : (٣ / ١٤٠٤) ، المحلى لابن حزم : (١١ / ٥) ، مراتب الاجماع صفحة : (٦٣) ، الروض النضير : (٤ / ٢٤٥) ، مغنى المحتاج : (٣ / ١٨١) ، تفسير القرطبي : (٥ / ١٧) ، المغنى لابن قدامة : (٧ / ٨٥) .

(٥) ص " وحكم " .

(٦) لم أجد ترجمته .

(٧) ط " القاسمه "

(٨) أنظر: تفسير القرطبي (٥/١٧) المغني لابن قدامة (٧/٨٥)

(٩) سورة النساء : الآية (٣) .

(١٠) بل وذهب بعضهم الى أقبح من هذا فقالوا باباحة الجمع بين ثمان عشرة ، قالوا لأن الصيغ في الآية يفيد التكرار فالمثنى ضعف الاثنين بمعنى اثنين اثنين والثلاث ضعف الثلاثة والرباع ======

ولما روى عن النبي صلى الله عليه (وسلم)[1] مات عن تسع[2] والله تعالى يقول : (لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ[3]) ولأنه لما ساوى رسول الله صلى الله عليه (وسلم)[4] سائر أمته فيما يستبيحه من الاماء وجب أن يساويهم في حرائر النساء .

ودليلنا قوله تعالى : (فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ[5])

ومنه دليلان :

أحدهما : "أن[6] ما خرج هذا المخرج من الأعداد كان المراد به أفرادها دون مجموعها لأمرين :

أحدهما : أنه لما كان المراد بقوله في صفة الملائكة " أُولِي أَجْنِحَةٍ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ[7]) أفراد هذه الأعداد وأن " منهم[8] من له ثلاثة

=== ضعف الأربعة ، والواو للجمع فجعلتها ثمانية عشر وهذا خرق للاجماع " .

قال أبو عبدالله القرطبي وهذا كله جهل باللسان والسنة ومخالفة لاجماع الأمة اذ لم يسمع عن أحد من الصحابة انه جمع في عصمته أكثر من أربع " أهـ

انظر: تفسير القرطبي : (٥ / ١٧) ،بدائع الصنائع : (٣/١٤٠٤) مغنى المحتاج :(٣ / ١٨١) ، المغنى لابن قدامة : (٧ / ٨٥) .

(١) ساقط من " ص" .

(٢) تقدم تخريجه صفحة (١١٣) .

(٣) سورة الأحزاب : الآية (٢١) .

(٤) ساقط من " ص" .

(٥) سورة النساء ، الآية (٣) .

(٦) ص" أنه " .

(٧) سورة فاطر، الآية (١) .

(٨) ط " فيهم ".

" ومنهم "[١] من له أربعة ، وجب أن يكون في عدد النكـاح كذلـك[٢].

والثاني : أن أهل اللغة أجمعوا فيمن قال جاءني الناس مثنى وثـلاث ورباع ، أن مفهوم كلامه أنهم جاؤا أفراد هذه الأعداد اثنيـن اثنين وثلاثة ثلاثـة وأربعة أربعـة ،ولم يرد مجموعها تسـعة فكذا مفهوم الآية .

والدليل الثاني : من الآية أن الواو التى فيها ليست واو جمع وانما " هـي "[٣] واو تخيير بمعنى أو وتقدير الكلام مثنى أو ثلاث أو ربـاع[٤] ، وانما كان كذلك لأمرين :

أحدهما : أن ذكر التسعة بلفظها أبلغ في الاختصار وأقرب الى الافهـام من ذكرها بهذا العدد المشكل الذى لا يفيد تفريقه.

والثاني : قوله بعد ذلك ، (فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً)[٥] ولو كـان المراد تسعا ولم يرد التبيين على الانفراد لقال فان خفتم ألا تعدلوا

---

(١) ط " فيهم " .

(٢) لأنه تعالى لم يرد أن لكل ملك تسعة أجنحة ولو أراد ذلـك لقال تسعة ولم يكن للتطويل فائـدة .

(٣) ط " هو " .

(٤) استعمال الواو مكان أو جائز . قال الشاعر:

وقالوا نأت فاخترلها الصبر والبكا .·.

فقلت البكا أشفى اذا لغليـلي .

معناه أو البكا اذا لا يجتمع مع الصبر.

انظر: مغنى اللبيب لابن هشام : (٤ / ٣٥٨).

(٥) سورة النساء ، الآية (٣).

فثمان " ليعدل[(١)] " من التسع الى أقرب الأعداد اليها لا " لأبعده[(٢)] " منها لأنه لايقدر على العدل في التسع ويقدر على العدل في ثمان " فلو[(٣)] " كان على ماقالوه لكان من عجز عن العدل في تسع حرم عليه أن ينكح الا واحدة ولما " حل[(٤)] " له اثنان ولا ثلاث ولا أربع وهذا مدفوع بالاجماع[(٥)].

ثم الدليل من نص السنة أن غيلان بن سلمة الثقفي[(٦)] " (أسلم)[(٧)]

---

(١) ط " ليعد له " .

(٢) ط " الى أبعده " .

(٣) ص " ولو " .

(٤) ص " جاز " .

(٥) انظر: صفحة (٦٥٢) .

(٦) غيلان بن سلمة بن معتب بن مالك بن كعب الثقفي أسلم بعد فتح الطائف وكان أحد وجوه ثقيف ومقدمهم وكان شاعرا شريفا أحد حكماء قيس في الجاهلية وهو ممن وفد على كسرى وخبره معه عجيب قال له كسرى أى ولدك أحب اليك قال الصغير حتى يكبر والمريض حتى يبرأ والغائب حتى يقدم فقال كسرى مالك ولهذا الكلام هو كلام الحكماء وأنت من قوم جفاة لاحكمة فيهم فما غذاؤك قال خبز البر قال هذا العقل من البر لامن اللبن والتمر " . توفي آخر خلافة عمر رضي الله عن الجميع .

انظر: أسد الغابة : (٤ / ١٧٢ - ١٧٣) ، الاصابة : (٣ / ١٨٩ - ١٩٢) .

(٧) ساقط من " ص " .

وأسلم معه عشر نسوة فقال له النبي صلى الله عليه (وسلم)[1] : " امسك أربعا " وفارق[2] سائرهن[3].

وأسلم نوفل بن معاوية[4] " وأسلم[5] معه خمس فقال له النبي صلى الله عليه (وسلم)[6] " أمسك أربعا وفارق واحدة "[7] ولأنه

---

(١) ساقط من " ص ".

(٢) ساقط من " ص ".

(٣) أخرجه مالك في الموطأ : (٢ / ٥٨٦) ، والشافعي كما في المسند صفحة : (٢٧٤) ، وأحمد : (٢ / ٤٤) وابن أبي شيبة في المصنف : (٤ / ٣١٧) ، والدارقطني في سننه : (٣ / ٢٦٩) والترمذي : (٣ / ٤٣٥) ، وابن ماجه (١ / ٦٢٨) والحاكم في المستدرك (٢ / ١٩٢). والبيهقي في السنن : (٧ / ١٤٩) ، وصححه أحمد شاكر في تحقيق المسند : (٦ / ٢٢٨) ، وصححه الألباني في الارواء : (٦/ ٢٩٤) ، وقال صححه ابن حبان والحاكم والبيهقي وابن القطان كما في الخلاصة : (ق ١ / ١٤٥ /

(٤) نوفل بن معاوية بن عروة بن يعمر الدئلي أسلم في الفتح وشهد مع النبي صلى الله عليه وسلم فتح مكة وحج مع أبي بكر رضي الله عنه سنة تسع ومع النبي صلى الله عليه وسلم سنة عشر وكان ممن عاش في الجاهلية ستين وفي الاسلام ستين ، ومات في خلافة يزيد بن معاوية .

انظر: الاصابة : (٣ / ٥٧٨) ، أسد الغابة : (٥ / ٤٧).

(٥) ط " فأسلم ".

(٦) ساقط من " ص ".

(٧) رواه الشافعي كما في المسند صفحة (٢٧٤) ، والبيهقي في السنن : (٧/ ١٨٤) ، وضعفه الألباني في الارواء : (٦ / ٢٩٥).

ماجمع في الاسلام بعد رسول الله صلى الله عليه (وسلم)[١] أحد يقتدى بفعله بين أكثر من أربع مع رغبتهم في الاستكثار وحرصهم على طلب الأولاد وأنهم قد استكثروا من الاماء واقتصروا على أربع من النساء ، فدل ذلك من اجماعهم على حظر ماعداه .

فأما رسول الله صلى الله عليه (وسلم)[٢] فقد خص في النكاح بما حرم على سائر أمته لأنه قد ابيح له النساء من غير عدد محصور وماأبيح للأمة الا عدد محصور ، وليس وان مات عن تسع يجب أن يكون هو العدد المحصور " فقد جمع صلى الله عليه (وسلم)[٣] بين احدى عشرة ومات عن تسع وكان يقسم لثمان[٤] .

واما الاماء فلم يحصرن بعدد " فحللن[٥] على الاطلاق .

* فصل *

فاذا ثبت " أنه[٦] " لايحل للحر نكاح أكثر فنكح خمسا نظر فان عقد عليهن في عقد واحد بطل نكاح جميعهن لأن المحرمة من الخمس غير متعينه فبطل نكاح الجميع ، فان عقد عليهن منفردات بطل نكاح الخامسة الأخيرة وصح نكاح من تقدمها فلو تزوج ثلاثا في عقد واثنين في عقد صح

---

(١) ساقط من " ص " .

(٢) ساقط من " ص " .

(٣) ساقط من " ص " .

(٤) تقدم تخريج ذلك صفحة (١٠٣) .

(٥) ط " محللا " .

(٦) ط " ان " .

نكاح الثلاث لتقدمهن وبطل نكاح " الاثنتين (١) " لتأخرهما فلو أشكل المتقدم من العقدين بطل نكاح الخمس كلهن فلو نكح ثلاثا في عقد واثنتين في عقد " وواحدة (٢) " في عقد وأشكل المتقدمات منهن صح نكاح الواحدة لأنها تتنزل في أحوالها كلها على الصحة وبطل نكاح الثلاث والاثنتين لتنزيلهن بين حالتي صحة وفساد وبيان تنزيلهن في الأحوال أنه ان كان قد تقدم نكاح الثلاث " ثم (٣) " الاثنتين ثم الواحدة صح نكاح الثلاث والواحدة وبطل نكاح الاثنتين وان كان قد تقدم نكاح الاثنتين ثم الثلاث ثم الواحدة صح نكاح الاثنتين والواحدة وبطل نكاح الثلاث ، وان تقدم نكاح الواحدة ثم الثلاث ثم الاثنتين صح نكاح الواحدة والثلاث وبطل نكاح الاثنتين " وصارت (٤) " الواحدة ثانية في الأحوال كلها فصح نكاحها ولما تردد (*) نكاح الثلاث والاثنتين بين حالتي صحة وفساد بطل نكاحهن .

---

(١) ص " اثنتين " .

(٢) ط " مكرر " .

(٣) ط " من " .

(٤) ط " فصارت " .

(*) ص لوحه / ١٣٠ .

* مسألة *

قال الشافعي (رضي الله عنه)[1] . والآية[2] تدل على أنها في الاحرار لقوله تعالى : (أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ)[3] وملك اليمين لا يكون الا للأحرار الذين يملكون المال والعبد لا يملك المال[4] .

وهذا صحيح لا يحل للعبد أن ينكح أكثر من اثنتين على الشطر من استباحة الحر وبه قال من الصحابة عمر وعثمان وعلي[5] وعبد الرحمن بن عوف[6]

---

(١) ساقط من " ص " .

(٢) هي قوله تعالى : (فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ " سورة النساء ، الآية (٣) .

(٣) سورة النساء ، الآية (٣) .

(٤) انظر: مختصر المزني صفحة (١٦٧) .

(٥) تقدمت ترجمتهم صفحة (١٢٠-١٢٩-١٣١) .

(٦) عبد الرحمن بن عوف بن عبد عوف بن عبد بن الحارث بن زهرة ابن كلاب بن مرة القرشي الزهري يكنى أبا محمد كان اسمه في الجاهلية عبد عمرو وقيل عبد الكعبه فسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم عبد الرحمن اسلم قبل أن يدخل رسول الله دار الأرقم كان من المهاجرين الأولين وأحد الثمانية الذين سبقوا الى الاسلام وأحد العشرة المبشرين بالجنة وأحد الستة الذين جعل عمر فيهم الشورى وأخبر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم توفي وهو عنهم راض شهد بدرا واحدا والمشاهد كلها مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ، مات سنة احدى وثلاثين بالمدينة " أهـ

انظر: أسد الغابة : (٣ / ٣١٣ - ٣١٧) .

وزيد بن ثابت وعبدالله بن عمر [١] ، ومن التابعين: الحسن البصري وعطاء [٢].

ومن الفقهاء : أبو حنيفة وأهل العراق وأحمد واسحق [٣] .

وقال مالك العبد كالحر في الجمع بين أربع [٤] ، وبه قال الزهري ، وربيعة ، والأوزاعي ، وأبو ثور ، وداود [٥] ، استدلالا بعموم قوله تعالى : " فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ [٦] " ولأنه لما كان لعان الحر أربعا مساواة بعدد من أبيح له من النساء [٧] ثم كان لعان العبد أربعا كالحر وجب أن يستبيح أربعا كالحر، ولأن نكاح العبد أوسع حكما من نكاح الحر لأنه قد ينكح الأمة على الحرة [٨] .

---

(١) تقدمت ترجمتهما صفحة (٣٦ - ١٩٥) .

(٢) تقدمت ترجمتهما صفحة (١٤٠-٢١٥) .

(٣) انظر: مراتب الاجماع صفحة (٦٣) ، الكاساني : (٣ / ١٣٤١) ، المغني لابن قدامة : (٧ / ٨٥) ، الروض النضير: (٤/ ٤٤٩) ، المحلى : (١١ / ١١) ، مغني المحتاج : (٣ / ١٨١) ، وانظر ترجمة أبو حنيفة وأحمد واسحق صفحة: (٥٥-١٤٠-٢١٥) .

(٤) انظر: الخرشي : (٣ / ٢١٠) ، وترجمة مالك تقدمت صفحة : (٧٥) .

(٥) انظر: بداية المجتهد : (٣ / ٣٥) ، المغني لابن قدامة : (٧ / ٨٥) ، المحلى لابن حزم : (١١ / ١١) ، وانظر ترجمة الزهري ومن بعده صفحة : (٢٢٥ - ٢٢٨ - ٢١٤ - ٢١٧ - ١٧٣)

(٦) سورة النساء ، الآية (٣) .

(٧) ساقط من ط من قوله مثنى وثلاث ورباع .

(٨) ومنع أبو حنيفة أن ينكح العبد الأمة على الحرة. انظر: صفحة : (٨٩٧) .

والجمع بين أمتين بخلاف الحر فلم يجز وهو أوسع حكما أن يضيق في العدد عن حكم الحر ولأنه لما كان العبد مساويا للحر في أعيان المحرمات وجب أن يساويه في أعداد المنكوحات ، فدليلنا قوله تعالى : (ضَرَبَ لَكُمْ مَثَلاً مِنْ أَنفُسِكُمْ هَلْ لَكُمْ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِنْ شُرَكَاءَ فِيمَا رَزَقْنَاكُم فَأَنتُمْ فِيهِ سَوَاءٌ)(١).

فدل على أن العبد غير مساو للحر ، ولأنه اجماع الصحابة من وجهين :

أحدهما : أن عمر(٢) قال يطلق العبد تطليقتين وينكح اثنتين وتعتد الأمة حيضتين(٣) وصرح بمثله من الصحابة من ذكرنا وليس فيهم مخالف(٤).

والثاني : مارواه الليث بن أبى سليم(٥) عن

---

(١) سورة الروم ، الآية (٢٨) .

(٢) تقدمت ترجمته صفحة (١٢٠) .

(٣) هذا الأثر رواه الشافعي كما فى المسند صفحة (٢٩٨) ، وعبد الرزاق فى المصنف : (٧ / ٢٢١) ، والدارقطني في سننه : (٣/ ٣٠٨) ، والبيهقي في السنن : (٧/ ١٥٨) ، وتمامه : " فان لم تحض فشهرين أو شهرا ونصفا) ، قال فى الارواء : (٧/ ١٥٠) صحيح على شرط الشيخين .

(٤) انظر ص : ٦٥٨ ، ٦٥٩ .

(٥) هو ليث بن أبى سليم بن زنيم بالزاى والنون مصغرا القرشي مولاهم أبو بكر الكوفي واسم أبى سليم أيمن ويقال أنس ويقال غير ذلك .
قال ابن حجر : صدوق اختلط أخيرا ولم يتميز فترك حديثه ، وقال العجلي : جائز الحديث .
مات سنة ثمان وأربعين ومائة .
انظر: تاريخ العجلى صفحة (٣٩٩) ، ميزان الاعتدال : (٣/ ٤٢٠-٤٢١) .

الحكم بن عتبة [١] قال : " أجمع أصحاب رسول الله صلى الله عليه (وسلم [٢]) على أن لا ينكح العبد أكثر من اثنتين [٣] " فثبت [٤] بهذين اجماع الصحابة على ماذكرنا ولأن (ما) [٥] تبعض " في [٦] " عدده [٧] ومعناه شاطر العبد فيه الحر كالحدود ، ولأنه لما نقص الأحرار فيما استباحوه من العدد عن رسول الله صلى الله عليه (وسلم [٨]) لنقصهم عنه وجب أن ينقص العبد فيه عن الحر لنقصه عنه فأما استدلالهم بالآية فسياق الكلام من أوله الى آخره متوجه الى الأحرار دون العبيد لأن قوله في أولها (فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ [٩]) متوجهة الى الأحرار لانهم يكونون على الأيتام ، وقوله (فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ [١٠]) متوجهة الى الأحرار لأن العبد لا يملك (أن ينكح ما طاب لنفسه ، وقوله : (فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ [١١]) متوجهة الى الأحرار لأن العبد لا يملك [١٢]) .

---

(١) تقدمت ترجمته صفحة (٦٠٨) .

(٢) ساقط من " ص " .

(٣) البيهقي في السنن : (٧ / ١٥٨) ، بدائع الصنائع : (٣ / ١٣٤١) .

(٤) ط " وثلاث " .

(٥) ساقط من " ط " .

(٦) ط " من " .

(٧) ص " عدله " .

(٨) ساقط من " ص " .

(٩) سورة النساء ، الآية (٣) .

(١٠) سورة النساء ، الآية (٣) .

(١١) سورة النساء ، الآية (٣) .

(١٢) ساقط من " ط " .

وأما استدلالهم باللعان[(١)] فهو غير موضوع على التفاضل ، ولا هو العلة في عدد المنكوحات ، وان اتفقا[(٢)] ، وانما تجرى اليمين عندنا والبينة عند غيرنا[(٣)].

وأما استدلالهم بأن حكم العبد في النكاح أوسع .

فالجواب عنه أنه أوسع حكما فيما طريقه النقص واضيق حكما فيما طريقه الكمال واستباحته للأمة نقص فاتسع حكمه فيه والعدد كمال فضاق حكمه فيه .

وأما استدلالهم بأنه لما ساواه في أعيان المحرمات ساواه في "عدد"[(٤)] المنكوحات فباطل بأن النبي صلى الله عليه (وسلم)[(٥)] تساويه الأمة في أعيان المحرمات ولا تساويه في "عدد"[(٦)] المنكوحات فدل على أن التحريم مساو والعدد متفاضل .

فاذا ثبت أن العبد لا ينكح أكثر من اثنتين فحكمه أن ينكح ثلاثا كحكم الحر اذا نكح خمسا على مابيناه، وكذلك المدبر والمكاتب ومن رق بعضهم والله أعلم .

---

(١) انظر صفحة : (٦٥٩) .

(٢) أى وان اتفق أن لعان الحر أربعا وعدد من أبيح له أربعا فليس عدد من أبيح له هو العلة في كون اللعان أربع مرات والا لو كان كذلك لكان لعان العبد اثنتين بقدر من أبيح له وهذا لم يقل به أحد .

(٣) فاللعان عند الشافعية هو ايمان مؤكدات بالشهادات ، وعند الحنفية هو شهادات مؤكدات بالايمان " .
انظر: المهذب : (٢ / ١٢٥)، تحفة الفقهاء : (٢ / ٢١٧) .

(٤) ط "عداد" .

(٥) ساقط من "ص" .

(٦) ط "عداد" .

* مســـــألـة *

قال الشافعي فاذا فارق الأربع ثلاثا ثلاثا تزوج مكانهن في عددهـــن لأن الله تعالى " أحل لمن لا امرأة له أربعا "(١) وهذا كما قال اذا كـان له أربع زوجات فطلقهن وأراد أن يعقد على أربع سواهن أو على أخـــت واحدة منهن لم يخل طلاقه من أن يكون قبل الدخول أو بعده فان كـان قبل الدخول جاز (له)(٢) عقيب(٣) طلاقهن، سواء كان طلاقه ثلاثا أودونهـا وان كان قد دخل بهن لم يخل طلاقه من أن يكون بائنا أو رجعيا فان كـان رجعيا واحدة أو اثنتين بغير عوض لم يكن له العقد على أحد حتى تنقضـى عددهن،(٤) لأنهن من الزوجات ماكن في عددهن لوقوع طلاقه وظهـاره

---

(١) انظر: مختصر المزني صفحة(١٦٧).

(٢) ساقط من "ط".

(٣) عقيب: مثال كريم، قال في المصباح صفحة: (٧٠ - ٧١) هـو اسم فاعل من قولهم عاقبه معاقبة وعقبه تعقيبا. فهو معاقب ومعقب وعقيب اذا جاء بعده، الى أن قال واما قـــول الفقهاء: " يفعل ذلك عقيـب الصلاة " ونحوه بالياء لاوجـه له الا على تقديـر محذوف والمعنى في وقت عقيب وقـت الصلاة، فيكون " عقيـب" صـفة وقت ثم حـذف من الكــلام حتى صـار، عقيب الصلاة "أهـ.

قلت: وينطبـق هذا على قول المؤلف " عقيب طلاقهـــن ".

(٤) هذا موضع اتفاق بين الأئمة كما في البدائع: (٣ / ١٣٩٩).

عليهـن وحصول التوارث بينـه وبينهن فلو انقضت عدة واحدة منهن جـاز العقد على أختها أو على خامسـة غيرها ولو انقضـت عدة اثنتين جاز لـه العقد على اثنتين ولو انقضت عدة ثلاث جاز له العقد على ثـلاث ولو انقضـت عدة الأربـع جاز له العقد على " أربع ".(١)

وان كان الطلاق بائنا اما " أن "(٢) يكون ثلاثـا أو دونها بعـوض ، فقد اختلـف الفقهـاء هل له أن يتزوج في عددهـن بأربع سواهن أو باخت كل واحـدة منهن .

فذهب الشافعي الى جوازه ،(٣) وبه قال من الصحابة زيد بن ثابـت ،(٤) ومن التابعين سعيد بن المسـيب والزهرى ،(٥) ومن الفقهاء مالك .(٦)

وقال أبو حنيفـة لا يجوز الا بعد انقضاء عددهـن ، وبه قال من الصحابة علي وابن عباس ،(٧) ومن الفقهاء سفيان الثـورى .(٨)

---

(١) ط " الأربـع " .

(٢) ص " بأن " .

(٣) مغنى المحتاج : (٣ / ١٨٢) .

(٤) تقدمت ترجمته صفحة (٥٣٧) .

(٥) انظر : المغنى لابن قدامة : (٧ / ٨٨ ، وابن المسيب والزهـرى ترجمتهما صفحة : (٩٥ - ٢٢٥) .

(٦) الخرشي على مختصر خليل : (١٣ / ١٢) وترجمة مالك صفحـة : (٧٥) .

(٧) تقدمت ترجمتهما صفحة : (١٣١ - ٥٢) .

(٨) انظر : بدائـع الصنائع : (٣ / ١٣٩٩ - ١٤٠٠) ، المغـنى لابن قدامة : (٧ / ٨٨ - ٨٩) ، سنن الدارقطنى : (٣ / ٣٠٨) .

استدلالا بعموم قوله تعالى : (وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ)(١) وهذا يصير جامعا لمائه في اختين ، ولأنها معتدة في حقه من طلاقه فلم يحل له العقد على أختها كالرجعة واحترز بقوله من حقه من أن يدعي المطلق " انقضاء(٢) عدتها وينكر فيكون القول قول المطلق في استباحة عقده على اختها والقول قولها في بقاء عدتها وتكون معتدة في حقها لا في حقه واحترز بقوله (من طلاقه(٣)) من ردتها فانه جوز له أن يتزوج باختها وان كانت المرتدة في عدتها ، ومن أن يطأ " أمته(٤) ثم يبيعها فيجوز أن يتجوز باختها وان كانت الأمة تستبرئ نفسها من وطئه ، قال ولأن كل جمع منع منه عقد النكاح منعت منه العدة كالجمع بين زوجين لأن العقد قد حرم عليها نكاح غيره من الأزواج كما حرم عليه نكاح أختها من النساء ثم كان تحريم غيره باقيا عليها في العدة وجب أن يكون تحريم أختها باقيا عليه في العدة .

ودليلنا عموم قوله تعالى : (فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ(٥)) وقد يطيب له نكاح أختها في عدتها ، ولأنه جمع حرم على الزوج بالعقد فوجب أن يرتفع بالطلاق كالمطلقة قبل الدخول .

---

(١) سورة النساء ، الآية (٢٢) .

(٢) ط " بانقضاء " .

(٣) ساقط من " ط " .

(٤) ص " أمة " .

(٥) سورة النساء ، الآية (٣) .

فان قيل : فالمطلقة قبل الدخول لما لم يحرم عليها نكاح غيره لم تحرم عليه ، والمطلقة بعد الدخول لما حرم عليها نكاح غيره حرم عليه .

قيل : انما حرم عليها بعد الدخول نكاح غيره لأنها معتدة ولم تحرم عليه لأنه غير معتد ولأنها مبتوتة فحل له نكاح أختها بعد العدة فحل له نكاح اختها قبل العدة كالمخبرة بانقضاء العدة (وهي تكذبه)[1] ولأنها فرقة تمنع من وقوع طلاقه فوجب أن تبيح ماحرم من الجمع " بعقده "[2] كالوفاة ، ولأنها لاتحل له الا بنكاح جديد فلم تحرم عليه بنكاح اختها لأجلها كالأجنبية ولأن المبتوتة " في "[3] اغلظ تحريما عليه من الأجنبية لأن الجنبية (تحل)[4] " بالعقد "[5] في الحال وهذه لاتحل له الا بعقد بعد عدتين وزوج فلم يجز وهي أغلظ تحريما من الأجانب أن يحرم بها مالا يحرم بالأجانب ولأن العدة تختص بالمرأة دون الزوج لقوله تعالى : (وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ)[6] فلو منعت من النساء مامنعت من الرجال لألزم العدة كما الزمت ولو لزم من أحكام العدة (تحريم النكاح)[7]

---

(١) ساقط من " ص " .

(٢) ط " لعقده " .

(٣) ص " من " .

(٤) ساقط من " ط " .

(٥) ط " على العقد " .

(٦) سورة البقرة ، الآية (٢٢٨) .

(٧) ساقط من " ص " .

كما لزمها " للزمه(١) " سائر أحكامها من تحريم الطيب والزينة كما لزمها وفي المنع من اجراء أحكام العدة " عليها(٢) " فيما سوى النكاح منع من اجراء حكمها عليه في تحريم النكاح .

" وأما(٣) " الجواب عن قوله (تعالى(٤)) " وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ(٥) " فهو أن الطلاق مفرق فكيف يصير به جامعا والجمع من الاجتماع والفرقة ضد الاجتماع .

وأما قياسهم على الرجعية ، فتلك زوجة يقع عليها طلاقه وظهاره ويستحق بينهما التوارث وهذه قد صارت أجنبية " لأنها(٦) " لا يلحقها طلاقه ولا ظهاره ولا يتوارثان فلم يجز أن يجمع بينهما في تحريم الجمع كما لم يجمع بينهما " في النكاح والعقد(٧) " .

وأما قياسهم عليها فالمعنى أنها معتدة يحرم عليها نكاح غيره لئلا يختلط ماؤه بماء غيره وليس كذلك الرجل لأنه غير " معتد(٨) " وليس في عقده اختلاط " مائين(٩) " فافترقا .

---

(١) ص " للزم " .

(٢) ط " عليه " .

(٣) ط " فأما " .

(٤) ساقط من " ط " .

(٥) سورة النساء ، الآية (٢٢) .

(٦) ط " لأنه " .

(٧) ط " في أحكام العقد " .

(٨) ط " معتدل " .

(٩) ط " ماء " .

* فصـــــل *

فأما الشافعي رضي الله عنه فانه تكلم في هذا الموضع على ابطـــال مذهبهم بثلاثة فصول ذكرنا منها فصلين .

أحدهما : من وجوب العدة على الزوج وقد أوجبه الله تعالى عليهـــا دونـه .

والثاني : انها بالطلاق أسوء حالها من الأجنبيـة فكيف تبقى علـى حكم الزوجيـة .

وأما الفصـل الثالث : وهو الذى تفرد به الشافعي رضي اللـه عنـه فتحرير كلامه فيه من مقتضـاه " انه لا يخلو " (١) تحريمهم لنكاح اختها فـي عدتها من أحد أمرين : اما أن يكون لعقد النكاح أو لئلا يجتمع ماؤه في اختين فان كان " بعقد " (٢) النكاح فقد ارتفع بطلاق الثلاث وان كـان لئلا يجتمع ماؤه في أختين فهم يقولون أنه لو خلا بها " ثم " (٣) طلقهـا حرم عليه نكاح أختها في عدتها وان لم يجتمع ماؤه في أختين فبطـل التعليل " بكلا " (٤) الأمرين .

اعترضوا على الشافعي في هذا الفصل بالفسـاد فقالوا نحن حرمنـا المدخول بها باجتماع الناس وتعلل غير المدخول بها في هذا الحكـم بعلة أخرى ونقض العلة أن يكون بوجودها مع عدم الحكم ولا يكون النقـض

---

(١) ط " لأنه لا يخلوا " .

(٢) ص " لعقـده " .

(٣) ص " من " .

(٤) في النسختين " بكلي " .

بوجود الحكم مع عدم العلة ألا ترى أن من قبل تعليلا بالردة كان نقض العلة بأن لا تقبل (مع وجود الردة ولم يكن نقضا بأن تقبل مع عدم الردة بقتل)[1] وزنى " كذلك "[2] هاهنا يحرم في المدخول بها لاجتماع المآثين ولا ينقض هذا التحريم التعليل لتحريم غير المدخول بها بعلة أخرى .

والجواب عن هذا أن العلل ضربان :

أحدهما : أن يكون التعليل عاما لجنس الحكم .

والثاني : أن يكون خاصا لأعيان مايتعلق به الحكم فان كانت العلة لجنس الحكم كتعليل الربا بأنه مطعوم انتقضت هذه العلة بوجود الحكم ولا علة (كما انتقض)[3] " بوجود "[4] العلة ولا حكم حتى ان وجد الربا فيما ليس بمطعوم كان نقضا كما لو وجد مطعوم ليس فيه ربا كان نقضا " وان "[5] كانت العلة لاعيان مايتعلق به الحكم كتعليل البر بأن فيه الربا لأنه مطعوم انتقضت هذه العلة بوجودها مع عدم الحكم حتى ان وجد مطعوم لا ربا فيه كان نقضا ولم ينقض بوجود الحكم ولا علة حتى اذا ثبت الربا في الذهب والورق وليس بمطعوم لم يكن نقضا وماذكره

---

(١) ساقط من " ط " .

(٢) ط " كان " .

(٣) ساقط من " ط " .

(٤) ط " وبوجود " .

(٥) ط " فان " .

الشافعي من الـزام النقض في تعليلهـم " باجتماع[١] " المائين انما هـو تعليـل بجنس الحكـم العام فانتقض بوجود الحكم ولاعلـة كما ينتقـض بوجـود العلة ولا حكـم (والله أعلم)[٢] .

---

(١) ط " في اجتماع " .

(٢) ساقط من " ص " .

* مسألة *

قال الشافعي (رضى الله عنه)[1] " ولو قتل المولى أمته أو قتلت نفسها فلا مهر لها "[2].

اعلم أن الزوجة اذا هلكت بعد الدخول بها فلها جميع المهر لأنها قد استكملته بالدخول سواء ماتت أو قتلت " وسواء "[3] كانت حرة أو أمة فاذا هلكت قبل الدخول بها فهو على ضربين:

أحدهما : أن يكون هلاكها بالموت .

والثاني : بالقتل .

فان كان هلاكها بالموت " فمذهب "[4] الشافعي وجمهور أصحابه أن لها المهر سواء كانت حرة أو أمة[5]، لأن غاية النكاح مدة الحياة فاذا حدث الموت فقد انقضت مدة العقد فاستحقت بها جميع المهر.

وقال أبو سعيد الاصطخرى[6]: ان كانت حرة فلها جميع المهر، وان كانت أمة فلا شئ لها[7]، وفرق بينهما بأن الحرة في قبض الزوج لأنها " مجبرة "[8] على المقام معه فاذا ماتت استحقت جميع المهر

---

(١) ساقط من " ص " .

(٢) انظر مختصر المزني صفحة (١٦٧) .

(٣) ط " وسوى " .

(٤) ط " مذهب " .

(٥) وهو الصحيح كما في المذهب : (٢ / ٥٨) ، وروضة الطالبين : (٧ / ٢١٩) .

(٦) تقدمت ترجمته صفحة : (١٥٠) .

(٧) وهو رأى أبي العباس ابن سريج . انظر : المهذب : (٢/ ٥٨) .

(٨) ط " مجبوره " .

كالسلعة اذا تلفت بعد قبض المشترى لها استحق "عليه"[1] ثمنها ،
والأمة قبل الدخول في قبض السيد دون الزوج لأنها لا تجبر على
المقام معه الا باختيار السيد فلم تستحق بالموت قبل الدخول مهرا
كالسلعة اذا تلفت في يد بائعها سقط عن المشترى ثمنها .

* فصل *

وإن كان هلاكها بالقتل دون الموت فهو على ضربين :
أحدهما : أن تكون هي القاتلة .
والضرب الثاني : أن يقتلها غيرها فان قتلها غيرها فضربان :
أحدهما : أن يقتلها الزوج فعليه مهرها حرة كانت أو أمة باتفاق جميع
أصحابنا لأن الحرة كالمقبوضة والأمة وان كانت في حكم غير
المقبوضة فقد استهلكها مستحق قبضها فلزمه مهرها كما يلزم
مشترى السلعة اذا استهلكها في يد بائعها جميع ثمنها
ويصير الاستهلاك قبضا كذلك القتل .
والضرب الثاني : أن يقتلها أجنبي غير الزوج فحكم قتله لها في "حق"[2]
الزوجية حكم الموت فيكون لها المهر على مذهب الشافعي
حرة كانت أو أمة[3].
وعلى مذهب أبي سعيد الاصطخرى[4] يكون لها المهر ان كانت حرة
ولا يكون لها المهر ان كانت أمة[5].

---

(١) ص "عليها" .
(٢) ط "حكم" .
(٣) انظر: الروضة : (٧ / ٢١٦) .
(٤) تقدمت ترجمته صفحة (١٥٠) .
(٥) انظر: المهذب: (٢/ ٥٨) .

وان كانت (هي)[1] القاتلة لنفسها فقد قال الشافعي في الأمة " أنه لا مهر لها اذا قتلت نفسها أو قتلها غيرها ، وقال في الحرة أن لها المهر اذا قتلت نفسها "[2].

فاختلف أصحابنا لاختلاف النص فيهما على وجهين :

أحدهما : وهو قول أبي العباس بن سريج،[3] أن اختلاف النص في الموضعين يوجب حملها على اختلاف قولين :

أحدهما : أنه لا مهر لها حرة كانت أو أمة (لأن الفسخ جاء من قبلها قبل الدخول فاسقط مهرها كالردة والرضاع .

والقول الثاني : أن لها المهر حرة كانت أو أمة)[4] وبه قال أبو حنيفة[5] لأنها فرقة وقعت " بالقتل[6] " كالموت وخالفت الرضاع والردة لما فيهما من التهمة " لاختيار[7] " الفرقة وأنه ليس في القتل تهمة " باختيار[8] " الفرقة .

---

(١) ساقط من " ط " .

(٢) انظر : مختصر المزني : (١٦٧) .

(٣) تقدمت ترجمته صفحة (٣٩١) .

(٤) ساقط من " ص " من قوله : " لأن الفسخ " ... الخ . وانظر المهذب : (٢ / ٥٨) ،

(٥) وانظر تحفة الفقهاء : (١/١٤٠) .

(٦) في النسختين " بالفناء " .

(٧) ط " باختيار " .

(٨) ط " في اختيار " .

والوجه الثاني : وهو قول أبي اسحق المروزى ، وأبي سعيد الاصطخرى ، وأبي حامد المروزى ،[1] أن الجواب على ظاهره فيكون لها المهر ان كانت حرة ولا يكون لها المهر ان كانت أمة.[2]

وفرقوا بين الحرة والأمة من ثلاثة أوجه :

أحدها : ماقدمناه من فرق أبي سعيد الاصطخرى ،أن الحرة في حكم المقبوضة لأن الزوج يقدر على الاستمتاع بها متى شاء فصار التسليم من جهتها موجودا فاستحقت المهر بحدوث الثلث ، والأمة بخلافها لأن الزوج لا يقدر على الاستمتاع بها اذا شاء حتى يرض السيد فصار التسليم من جهتها غير موجود فسقط المهر .

والفرق الثاني : أن المقصود من نكاح الحرة الألفة والمواصلة دون الوطء لجواز العقد على من لا يمكن وطؤها من صغيرة ورتقاء وذلك حاصل قبل الدخول " فثبت لها[3] المهر .

والمقصود من نكاح الأمة دون المواصلة لأنه لا يجوز له أن يتزوجها الا من خوف العنت وذلك غير حاصل له قبل الدخول فسقط المهر

والفرق الثالث : أن الحرة قد استفاد ميراثها فجاز أن يغرم مهرها والأمة لم يستفد ميراثها فلم يغرم مهرها .

---

(١) تقدمت ترجمة الجميع صفحة : (٢٦٢ - ١٥٠ - ٢٦٢).

(٢) هو المنصوص عن الشافعي كما في مختصر المزني : (١٦٧).

(٣) ط " فاستحقت " .

* مسألة *

قال الشافعي (رضى الله عنه)[1] " وان باعها حيث لايقدر عليها فلا مهر لها حتى يدفعها اليه "[2].

وهذا صحيح " اذا[3] زوج السيد أمته[*] ثم باعها صح البيع ولم يبطل النكاح لأمرين :

أحدهما : أن عائشة[4] اشترت بريرة وهي ذات زوج فأثبت النبي صلى الله عليه وسلم الشراء ولم يبطل النكاح وخيرها بعد العتق بين المقام والفسخ[5].

والثاني : أن عقد النكاح تناول الاستمتاع ، وعقد البيع تناول الرقبة فتناول كل واحد من العقدين (غير)[6] ماتناوله الآخر فصحا معا كما لو آجرها ثم باعها .

فان قيل : أفليس لو آجرها ثم باعها كان بيعها على قولين :

أحدهما : باطل ،فهلا كان بيعها بعد تزويجها على قولين .

قلنا : ان يد المستأجر حائلة لأن السيد يجبر على تسليمها " اليه "[7] فجاز أن يبطل بيعها في أحد القولين ، ويد الزوج غير حائلة لأن السيد لايجبر على تسليمها اليه فصح بيعها قولا واحدا .

---

(١) ساقط من " ص " .

(٢) انظر: مختصر المزني صفحة : (١٦٧) .

(٣) ط " وان " .

(٤) تقدمت ترجمتها صفحة (٤٨) .

(٥) سيأتي تخريج حديث بريرة صفحة : (١٢٩٠)

(٦) ساقط من " ط " .

(٧) ص " له " .

(*) ص لوحه / ١٣٥ .

* فصـــــل *

فاذا ثبت جواز البيع وصحة النكاح فهذا على ضربين:

أحدهما : أن يكون البيع بعد دخول الزوج بها فقد استحق " البائـــع "[1] مهرها " سواء "[2] كان مسمى في العقد أو غير مسمى لاستقراره بالدخول الموجود " في "[3] ملكه .

والضرب الثاني : أن يكون البيـع قبل دخول الزوج فالمشـترى يكون بمنزلـة البائع لايجبر على تسليمها الى الزوج كما لا يجـبر عليه البائـع ، فان لم يسلمها المشترى الى الزوج فلامهر عليه وليس للبائـع مطالبته ، ولو كان البائع قد قبضه منه كان للزوج استرجـاعه " فان "[4] سلمها المشـترى الى الزوج حتى دخل بها " استحق "[5] المهر عليه حينئـذ ، ولا يخلو حاله من ثلاثة أقسام:

أحدها : أن يكون المهر صحيحا مسمى في العقد فيكون مستحقا للبائـع دون المشترى لأن استحقاقه بالعقـد الموجود في ملكه فصـار كالكسب المتقدم على " المبيع "[6].

---

(١) ص " الزوج " .
(٢) ط " سوى " .
(٣) ط " من " .
(٤) ط " وان " .
(٥) ص " استقر " .
(٦) ط " البيع " .

والقسم الثاني : أن يكون المهر فاسدا مسمى في العقد فيحكم الحاكم لها بمهر المثل ويكون مستحقا للبائع أيضا دون المشترى لأن فساده مع التسمية في العقد يوجب استحقاقه بالعقد.(*)

والقسم الثالث: أن تكون مفوضة(١) لم يسم لها في العقد "مهر"(٢) لا صحيح ولا فاسد فيفرض الحاكم لها مهر المثل وفيه قولان:

أحدهما : أنه مستحق بالعقد كالمسمى "لأن"(٣) عقد النكاح لا يعرى عن مهر فعلى هذا يكون للبائع دون المشترى لاستحقاقه بالعقد الموجود في ملكه.

والقول الثاني : أنه مستحق بالدخول دون العقد(٤)، لأنه لو استحق جميعه بالعقد بعد الدخول لاستحق نصفه قبل الدخول وهي لا تستحق قبل الدخول شيئا منه فدل على "استحقاقها"(٥) بالدخول، فعلى هذا يكون المهر للمشترى دون البائع لوجود الدخول في ملكه وان كان العقد موجودا في ملك البائع.

---

(١) التفويض أن يجعل الأمر الى غيره ويقال انه اهمال ومنه قول الأفوه الأودى.
* لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم *
وسميت المرأة مفوضة لتفويضها أمرها الى الزوج أو الولي بلا مهر أو أنها اهملت المهر ومفوضة بفتح الواو لأن الولي فوض أمرها الى الزوج" أ هـ
روضة : (٧ / ٢٧٨ - ٢٧٩).

(٢) ط "مهرا".

(٣) ط "مكرر".

(٤) قال في المهذب : (٢ / ٦٠) وان فوضت بضعها بأن تزوجت وسكت عن المهر أو تزوجت على أن لا مهر لها ففيه قولان : أحدهما لا يجب لها المهر بالعقد وهو الصحيح لأنه لو وجب لها المهر لتنصف بالطلاق، والثاني : يجب لأنه لو لم يجب لما استقر بالدخول.

(٥) ط "استحاقه".

(*) ط لوحه / ٩٠.

ومثل هذا اذا عتق السيد أمته المزوجة قبل الدخول ولم يسم لها "مهر"(١) ودخل بها الزوج بعد العتق ثم فرض لها المهر فيكون مستحقه على هذين القولين :

أحدهما : السيد المعتق اذا قيل أنه مستحق بالعقد .

والثاني : الزوجة المعتقة اذا قيل أنه مستحق بالدخول .

(والله أعلم بالصواب)(٢) .

---

(١) ص "مهرا" .

(٢) ساقط من "ط" .

* مســـــألة *

قال الشافعي (رضى الله عنه)[١] " فان طلبت أن يبوئها[٢] معه بيننا لــم يكن ذلك على السيد "[٣].

واذا قد مضى الكلام في المهر فنذكر الكلام في النفقة اما اذا كــان الزوج غير ممكن من الدخول فلانفقة عليه كما لم يكن عليه مهر " وان كـان ممكنا "[٤] من الدخول بها لم يجز أن " يمنع "[٥] بعد التمكين " فــي "[٦] زمان الاستمتاع بها وزمان الاستمتاع بها أقل من زمان الاستمتاع بالحــرة لأن الحرة عليها تمكين نفسها من الزوج ليلا ونهارا والأمة يلزمها تمكينها من الزوج ليلا ولا يلزم تمكينها منه نهارا .

والفرق بينهما أن الأمة قد استحق السيد استخدامها ، والــزوج الاستمتاع بها وكذلك جاز للسيد بعد تزويجها أن يؤجرها وليس الحــرة مستحقة للسيد بعد تزويجها أن يؤجرها وليست الحرة مستحقة لخدمــة نفسها وكذلك لم يجز للزوجة أن تؤجر نفسها واذا اجتمع في منفعــة الأمة حقان حق الاستخدام للسيد وحق الاستمتاع للزوج وجب أن يراعــى

---

(١) ساقط من " ص " .

(٢) بوأ له منزلا وبوأه منزلا هيأه ومكن له فيه .
انظر: مختار الصحاح : صفحة (٦٨) .

(٣) انظر: مختصر المزني : (١٦٧) .

(٤) ط " وان مكن " .

(٥) ط " يمتنع " .

(٦) ص " من " .

زمان كل واحد منهما فيستوفيه مستحقه فوجدنا الليل بالاستمتاع "أخص"(١) من النهار فجعلنا الليل لاستمتاع الزوج ووجدنا النهار بالاستخدام أخص من الليل فجعلنا النهار لاستخدام السيد(٢)، ولو كان مايستحقه السيد من الاستخدام بالنهار يمكن أن يستوفيه منها وهي عند الزوج كالغزل والنساجة وما "جرى"(٣) مجراهما من صنائع المنازل فهل يجبر السيد اذا وصل الى حقه من المنفعة والاستخدام أن يسكنها مع الزوج نهارا أم لا ؟ على وجهين :

أحدهما : وهو قول أبي اسحق(٤)، يلزمه ذلك ويجبر عليه لوصوله الى حقه .

والوجه الثاني : وهو قول أبي حامد الاسفرائيني(٥)، انه لا يلزمه ذلك لأن له أن يعدل عن هذا الاستخدام الى غيره .

واذا كان كذلك لم يخل حالها مع الزوج من ثلاثة أقسام :

أحدها : أن يمكنه منها ليلا ونهارا فعلى الزوج نفقتها كاملة لكمال الاستمتاع (بها)(٦).

والقسم الثاني : أن يمنعه منها ليلا ونهارا فليس على الزوج نفقتها ولا "شيء"(٧) منها لفوات استمتاعه بها .

---

(١) ص "أحق" .

(٢) انظر: روضة الطالبين : (٧ / ٢١٨) .

(٣) ص "جرا" .

(٤) المروزى ، قال النووى : اذا اطلق أبو اسحق في المذهب فهو المروزى انظر: تهذيب الأسماء : (٢/١٧٥) ، وانظر ترجمته صفحة : (٢٦٢) .

(٥) تقدمت ترجمته صفحة : (٢٦٣) .

(٦) ساقط من "ص" ، وانظر: الروضة : (٧ / ٢١٩) .

(٧) ص "شيئا" .

والقسم الثالث: أن يمكنه منها ليلا في زمان الاستمتاع ويمنعه منها نهارا في زمان الاستخدام ففى نفقتها وجهان :

أحدهما : وهو قول أبى اسحق المروزى ،أنه لا نفقة لها على الزوج "ويلتزمها[1] السيد لأن الزمان الذى يستحق به النفقة وهو النهار الذى يستحقه السيد .

والوجه الثاني : وهو قول أبى علي ابن أبى هريرة[2]، ان على الزوج أن ينفق عليها بقسط مايستحقه من "الاستمتاع[3]" بها في الليل[4] (وعلى السيد أن ينفق عليها بقسط مايستحقه من الاستخدام لها في النهار)[5] لأن "الكل[6]" واحد من الزمانين حظا من الحاجة الى النفقة فلم يلتزم السيد قسط الليل كما لم يلتزم الزوج قسط النهار (والله أعلم)[7].

---

(١) ط " ويلزمها " .

(٢) تقدمت ترجمته صفحة (١١٣) .

(٣) ص" الاستخدام " .

(٤) ص" لها في النهار " .

(٥) ساقط من "ص" .

(٦) ط "كل " .

(٧) ساقط من "ص" .

* مســــألة *

قال الشافعي (رضى الله عنه)[1] ولو وطئ رجل جارية ابنه فأولدها كان عليه مهر مثلها وقيمتها .

قال المزني : قياس قوله أن لا تكون ملكا لابنه ولا أم ولد له بذلك وقد أجاز أن " يزوجه[2] أمته فيولدها " فاذا[3] لم يكن له بأن يولدها من حلال أم ولد بقيمة فكيف بوطء حرام " الفصل الى آخره.[4]

وصورتها رجل وطئ جارية ابنه فقد أثم بوطئه لقوله تعالى : " وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِم حَافِظُونَ إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِم أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُم (فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ[5] فَمَنِ) ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ[6] ، وليست هذه بزوجة ولا ملك يمين فلم يحل وطئها .

فان قيل : فلو كان هذا الأب ممن يستحق على ابنه أن يعفه " أفكان[7] " له باستحقاق الاعفاف أن يطأ جاريته اذا منعه من الاعفاف كما اذا منع من حق أن يتوصل الى استيفائه .

قيل : لا يجوز له ذلك وان منع من الاعفاف بعد استحقاقه لأنه ليس يتعين

---

(١) ساقط من " ص " .

(٢) ط " تزوجت " .

(٣) ط " فانها اذا " .

(٤) انظر: مختصر المزني صفحة (١٦٧) .

(٥) ساقط من " ص " .

(٦) سورة النور ، الآية (٥ - ٦) .

(٧) ط " ان كان " .

حق اعفائه في هذه الأمة وان للابن أن يعدل الى اعفافه بغيرها من الاماء والنساء فلذلك صارت مع استحقاق الاعفاف محرمة واذا كان كذلك لم يخل وطء الأب لها من أحد أمرين اما أن يحبلها أولا يحبلها فان لم يحبلها فالكلام في وطئها يشتمل على أربعة أحكام:

أحدها : في وجوب الحد .

والثاني : في وجوب المهر .

والثالث: في ثبوت التحريم .

والرابع: في وجوب القيمة .

فأما الفصل الأول : في وجوب الحد فلا "يخلو"[1] حال الأمة الموطوءة من أن يكون الابن قد وطئها قبل ذلك أو لم يطأها فان لم يكن الابن قد وطئها فلاحد على الأب في وطئها[2] ، وهو قول جمهور الفقهاء[3]، وحكى عن الزهري ، وأبى ثور[4] وجوب الحد عليه.[5]

---

(١) ط " يخلوا " .

(٢) قال في روضة الطالبين : (٧/ ٢٠٧) لا حد على الأب لشبهة الاعفاف .
وعن الاسطخرى تخريج قول في وجوب الحد والمذهب الأول " .

(٣) انظر: الهداية : (٢ / ١٠١) ، المغنى لابن قدامة : (٧ / ١٥٠).

(٤) تقدمت ترجمتهما صفحة : (٢٢٥ - ٢١٧).

(٥) انظر: المغنى لابن قدامة : (٧ / ١٥٠).

استدلالا بأنه لما حد الابن بوطئه جارية الأبن مع وجود الشبهة في ماله الذى سقط بها عنه قطع السرقة وجب أن يحد الأب بوطئه جارية الابن وان كانت له شبهة في "ماله"[1] يسقط بها عنه قطع السرقة .

وهذا خطأ لقول النبي صلى الله عليه (وسلم)[2] "أنت ومالك لأبيك"[3] ولقوله صلى الله عليه (وسلم)[4] "أولادكم من كسبكم فكلوا من طيب كسبكم"[5].

---

(١) ص "مال".

(٢) ساقط من "ص".

(٣) أخرجه أحمد في المسند (٢/٢٠٤)، وأبوداود (٣/٨٠١)، وابن ماجه: (٢/٧٦٩) عن جابر بن عبدالله أن رجلا قال يارسول الله ان لي مالا وولدا وان أبي يريد أن يجتاح مالي فقال له: "أنت ومالك لأبيك" اللفظ لابن ماجة: قال البوصيرى في الزوائد: (٣ / ٣٧)، والألباني في الارواء: (٣ / ٣٢٣) هذا اسناد صحيح رجاله ثقات على شرط الشيخين، وقال المنذرى في المختصر: (٥ / ١٨٣) رجال اسناده ثقات وصححه أحمد شاكر في تحقيق المسند: (١٠ / ١٥٧)، وانظر صحيح الجامع: (٢ / ٢٥)، والارواء: (٧ / ٢٢٧).

(٤) ساقط من "ص".

(٥) أخرجه ابن ماجة: (٢ / ٧٦٩) بلفظ: "ان أطيب ماأكلتم من كسبكم وان أولادكم من كسبكم" قال البوصيرى في الزوائد: (٣ / ٣٧)، اسناده صحيح.
وأخرجه أحمد في المسند: (٢ / ٢١٤)، وأبوداود: (٣/٨٠١) والترمذى في سننه: (٣ / ٢٨٧).
وأخرجه سعيد ابن منصور في سننه أيضا: (٢ / ١١٤) والحاكم ====

فلما تميز الأب في مال الابن بهذا الحكم قويت شبهته فيه عن شبهة الابن في مال الأب فوجب لقوة شبهته على شبهة الابن أن يدرأ بها عنه الحد لقوله صلى الله عليه (وسلم)(١) " ادرؤا الحدود بالشبهات"(٢) ولأنه لما منع الابن (من)(٣) نفس أبيه قودا منع من حينه حدا لأن الأب لو قتل ابنه لم يقتص منه ولو قذفه لم يحد به ويقتل الابن بأبيه ويحد بقذفه وجب أن يسقط الحد عن الأب بوطئه جارية الابن "وان"(٤) لم يسقط الحد عن الابن بوطئه جارية الأب لأن الحد ان الحق بحد القذف "لم"(٥) يجب وان الحق بالقود في النفس لم يجب وهذا دليل وانفصال ، ولأن على الابن اعفاف أبيه لو احتاج وليس على الأب اعفاف ابنه اذا احتاج .

فلما كان الوطء جنسا يجب على الابن تمكين أبيه منه ولم يجب على الأب تمكين ابنه منه وجب أن يسقط الحد عن الابن لأن له حقا من جنسه ، ولا يسقط عن الابن لأنه ليس له حق "من"(٦) جنسه وهذا أيضا دليل وانفصال .

==== في المستدرك : (٢ / ٤٥ - ٤٦) كلهم رووه بألفاظ متقاربه . قال الترمذي : حديث حسن وحسنه الألباني في الارواء : (٣ / ٣٢٥) ، وقال الحاكم : صحيح على شرط الشيخين وأقره الذهبي .

(١) ساقط من "ص" .

(٢) تقدم تخريجه صفحة : (٢٥٦) .

(٣) ساقط من "ص" .

(٤) ط "فان" .

(٥) ص" فلم " .

(٦) ط " في " .

فاما السـرقة فانما تسقط القطع عن كل واحد منهما في الآخـر لتساويهما في شـبهة كل واحد منهما في مال الآخر لأن نفقـة الابـن قد تجب في مال الأب كما تجب نفقة الأب في مال الابن فاسـتويـا وليس كذلك حد الوطء لاختصاص الأب فيه بالشـبهة دون الابن لما يستحقه الأب على الابن من الاعفاف ولايستحقه الابن على الأب فافترقا .

فاذا ثبت أن لاحد عليه ففي تعزيره وجهان :

أحدهما : يعزر ليرتدع هو وغيره عن مثـله.(١)

والوجه الثاني : لايعزر لأن التعزير بدل من الحد وليس عليه حـد فكذلـك ليس عليه تعزير فهذا حكم وطء الأب لها اذا لم يكـن الابـن قد وطئها .

فاما اذا كان الابن قد وطئها ثم وطئها الأب بعده ففي وجـوب الحد عليه وجهان :

أحدهما : عليه الحد اذا علم بالتحريم "لأنها(٢)" ممن لاتحل لـه أبـدا بخلاف التي لم يطأها الابن فصـارت من حلائـل أبنائه فلزمه الحد كما يلزمه في وطء زوجـة ابنه .

والوجه الثاني : لاحد عليـه(٣) ، لأنها وان وطئها من جملة أمواله التي تتعـلق

---

(١) قال النووى : وهو الأصح .
انظر: روضة الطالبين : (٧ / ٢٠٧) .

(٢) ص" أنهـا " .

(٣) على الأصح أو الأظهر .
انظر: روضة الطالبين : (٧/ ٢١١) .
قال الروياني : الخلاف فيما اذا لم يكن الابن استولدها فان كان وجـب الحد قطعا كذا قاله الأصحاب لأنه لا يتصور أن يملكها بحال بخـلاف ماإذا كانت موطوءة غير مستولدة .

بها شبهة أبيه وكسبه أن يكون " تخريج[1] " هذين الوجهين من اختلاف قوليه في وجوب الحد على من وطئ أخته من نسب أو رضاع بملك اليمين[2] .

* فصل *

واما الفصل الثاني في وجوب المهر فهو معتبر بوجوب الحد وسقوطه فان قلنا أنه لا حد عليه فعليه مهر المثل لكونه وطء شبهة في حقه يوجب درأ الحد فاقتضى لزوم المهر ، " لقول النبي[3] " صلى الله عليه (وسلم[4]) " فلها المهر بما استحل من فرجها[5] " ويكون المهر حقا لابنه عليه لأنه من اكتساب أمته، وان قلنا أن الحد واجب عليه فقد سقطت شبهته في حق نفسه فينظر في شبهة الأمة فان كانت مكرمة قهرها الأب على نفسها ثبتت شبهتها في سقوط الحد عنها فوجب المهر في وطئها وان لم يكن لها شبهة في حق نفسها وكانت " مطاوعة[6] " فلو كانت حرة لما وجب المهر واذ هي أمة ففي وجوب المهر قولان :

أحدهما : لا مهر لها لأنها بالمطاوعة صارت بغيا[7] ، وقد نهى رسول الله

---

(١) ط " تخرج " .

(٢) قال النووي في الروضة : (٧ / ٢١١) الجديد الأظهر لا حد عليه " .

(٣) ط " لقوله " .

(٤) ساقط من " ص " .

(٥) جزء من حديث صحيح تقدم تخريجه صفحة : (٢٢٥) .

(٦) ص " مطاوعته " .

(٧) قال النووي في الروضة : (٧ / ٢١١) وان كانت طائعة لم يجب المهر على الأصح .

صلى الله عليه (وسلم)[1] " عن مهر البغي[2] وهذا اختيار أبي اسحق المروزى[3] .

والقول الثاني : لها المهر (و)[4] يملكه السيد لأنه من اكتسابه فلم يسقط بمطاوعتها ، وخالفت الحرة التي تملك ماأباحته من نفسها ولا تملكه الأمة ألا ترى أن الحرة لو بذلت قطع طرف من أطرافها لم يضمنه القاطع ، لأن الباذل له مالك ولو بذلته الأمة ضمنه القاطع لأن الباذل له غيرمالك .

وهذا اختيار ابن سريج[5] .

* فصل *

واما الفصل الثالث وهو ثبوت التحريم فالتحريم من وجهين :

---

(١) ساقط من " ص " .

(٢) أخرجه البخارى : (٤ / ٤٢٦) ،وأحمد : (٤ / ١١٩) ،وأبو داود : (٣ / ٧١٠) ،والترمذى : (٣ / ٤٣٩) ، وابن أبى شيبة في المصنف : (٤ / ٣٧٥) ، والحميدى في مسنده : (١ / ٤١٤) .
عن ابن مسعود رضى الله عنه قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن " واللفظ للبخارى .
وحلوان الكاهن : هو مايأخذه المتكهن عن كهانته وهو محرم باطل يقال حلوت الرجل شيئا اذا رشوته.
انظر: معالم السنن للخطابي : ٣ / ٧١٠).

(٣) تقدمت ترجمته صفحة : (٢٦٢) .

(٤) ساقط من " ط " .

(٥) تقدمت ترجمته صفحة : (٣٩١) .

أحدهما : تحريمهما على الابن .

والثاني : تحريمهما على الأب .

فأما تحريمهما على الابن فمعتبر بوطء الأب فان كان موجبا للحل لم تحرم به على الابن " لأن الزنى لا يحرم الحلال[١] ".

وان كان غير موجب للحد حرمت به على الابن لأن الشبهة قد صرفته الى حكم الوطء الحلال واما تحريمها على الأب " ان حكمها معتبر[٢] بحال الابن " فان[٣] كان قد وطئها حرمت على الأب كزوجة الابن اذا وطئها الأب بشبهة حرمت عليهما معا وان كان " الابن[٤] " ما[٥] وطئها حلت للأب أن يطأها بعد ملكه " فلو[٦] كان الابن قد قبلها أو وطئها (فيما)[٧] دون الفرج ففي تحريمها على الأب قولان .

* فصـــل *

واما الفصل الرابع وهو وجوب قيمتها على الأب فلايجب سواء حرمها على الابن (أو لم يحرمها قال العراقيون ان حرمها[٨]) على الابن وجبت قيمتها عليه .

---

(١) سيأتي حديث " لا يحرم الحرام الحلال " صفحة : (٧٢٠) .

(٢) ط " ان ملكها معتبر " .

(٣) ص " وان " .

(٤) ص " بحال الابن " .

(٥) ص " فان " .

(٦) ط " فان " .

(٧) ساقط من " ص " .

(٨) ساقط من " ط " .

وهذا خطأ لأنها غير مستهلكة عليه بالتحريم لأنه قد يصل الى ثمنها بالبيع فلم يلزمه التحريم غرم كما لو ارضعت زوجة الرجل أمته بلبنه حرمت عليه " ولم[1] يلزمها غرم قيمتها لوصوله الى ثمنها ولكن لو كانت بكرا ، فافتضها الأب لزمه أرش بكارتها لأنه قد استهلك عضوا من بدنها فهذا مايتعلق بأحكام وطئه اذا لم يحبل .

* فصل *

فاما اذا أحبلها الأب بوطئه فالأحكام الأربعة لازمة له ويختص باحبالها أربعة أحكام :

أحدها : لحوق الولد .

والثاني : كونها أم ولد .

والثالث: وجوب قيمتها .

والرابع: وجوب قيمة الولد .

فاما لحوق الولد به فان وجب الحد عليه لم يلحق به الولد " لأن وجوب الحد لارتفاع الشبهة ولحوق الولد يكون مع وجود[2] الشبهة فتنافيا .واذا كان كذلك ووجب الحد صار زانيا وولد الزنى لا يلحق بالزاني لقوله صلى الله عليه (وسلم)[3] " الولد للفراش وللعاهر الحجر"[4] ويكون

---

(١) ط " ولا " .

(٢) ط " مكرر " .

(٣) ساقط من " ص " .

(٤) أخرجه البخاري : (٤ / ٢٩٢) ، ومسلم : (١٠/ ٣٧) ، وأحمد : (١/ ١٧٣) ، وأبوداود : (٢/ ٧٠٥) ، وابن ماجة : (١/ ٦٤٦) ، وابن أبي شيبة في المصنف : (٤/ ٤١٥) .

الولد موقوفا للابن ،وان لم يجب الحد على الأب لحق به الولد لأن الشبهة في ادراء الحد موجبة للحوق الولد واذا لحق به صار حرا لأنه من شبهة ملك فكان حكمه كحكم الولد من ملك كما أن الولد من شبهة نكاح في " حكم[1] الولد من نكاح .

* فصل *

فأما كونها أم ولد فمعتبر بحال الولد فان لم يلحق به لم تصر أم ولد وان لحق به الولد فهل تصير أم ولد أم لا على قولين :

أحدهما : وهو المنصوص عليه في هذا الموضع[2] انها تصير له أم ولد[3] وبه قال الربيع.[4]

---

(١) ص : " نكاح " .

(٢) انظر: مختصر المزني صفحة: (١٦٧) .

(٣) قال النووي : " وهل تصير الجارية أم ولد للأب فيه أقوال أظهرها نعم . والثالث : ان كان الأب موسرا فنعم والا فلا وضعف الاصحاب هذا ".
انظر: روضة الطالبين : (٧ / ٢٠٨) .

(٤) الربيع بن سليمان بن عبدالجبار بن كامل المرادى مولاهم أبو محمد المؤذن صاحب الشافعي وراوية كتبه والثقة الثبت فيما يرويه .
قال السبكي : حتى لو تعارض هو وابراهيم المزني في رواية لقدم الأصحاب روايته مع علو قدر المزنى ووثقه ابن حجر والخطيب البغدادى ، مات سنة سبعين ومائتين .
انظر: طبقات السبكى : (١ /٢٩٩-٢٦٠) ،تهذيب التهذيب: (٣/ ٢٤٥) تقريب صفحة: (١٠١) ، تهذيب الأسماء: (١/ ١٨٨) .

والقول الثاني : وهو المنصوص عليه في الدعوى والبينات أنها لا تصير له أم ولد وبه قال المزني[١]، فاذا قيل بالأول أنها تصير أم ولد وهو اختيار الربيع وجمهور أصحابنا فوجهه هو أنه لما لحق به ولدها بشبهة الملك كلحوقه في حق المالك وجب أن تصير له أم ولد بشبهة الملك كما تصير له أم ولد بالملك ، واذا قيل بالثاني انها لا تصير أم ولد وهو اختيار المزني فوجهه هو أنه أولدها في غير ملك فلم "تصر"[٢] (به)[٣] أم "ولد"[٤] وان اعتق الولد كالغارة التي يتزوجها بشرط الحرية فتكون امة فان ولده منها حر ولا تصير به أم ولد فاما المزني فانه استدل "لصحة"[٥] هذا القول بثلاثة أشياء :

أحدها : أن قال : "قد أجاز الشافعي للابن"[٦] أن يزوج أباه بأمته ، ولو أولدها من هذا الوطء الحلال لم تصر أم ولد فكيف تصير أم ولد بوطء حرام .

والثاني : أن قال ليس الأب شريكا فيها فيكون كوطء أحد الشريكين اذا كان موسرا فتصير به اذا أولدها أم ولد لأن للشريك ملكا وليس للأب ملك .

---

(١) انظر: مختصره صفحة (١٦٧) .
(٢) ط "تصير" .
(٣) ساقط من "ط" .
(٤) ط "ولده" .
(٥) ص "بصحة" .
(٦) ط "قد أجاب الشافعي بأن للابن" .

والثالث: أن قال لما لم تصر (به)[1] أم ولد للشريك اذا كان معسرا وله ملك فلأن لا تصير به أم ولد للأب وليس له ملك أولى فانفصل أصحابنا عن[*] استدلال المزني ترجيحا للقول الأول بأن قالوا اما استدلاله الأول بأن للابن أن يزوج أباه بأمته ولا تصير بالاحبال أم ولد فمدفوع عنه.

واختلفوا في سبب دفعه فكان أبو العباس ابن سريج وأبو اسحق المروزي[2]، ينسبا المزني الى السهو والغفلة في نقله، وانه غلط من تزويجه بجارية أبيه الى تزويجه بجارية ابنه[3]، ومنعوا أن يتزوج الأب بجارية الابن وان حل للابن أن يتزوج بجارية الأب وأن الشافعي قد قال ذلك نصا في الدعوى والبينات[4] لأن على الابن أن يعف أباه فلم

---

(١) ساقط من " ط ".

(٢) تقدمت ترجمتهما صفحة (٣٩١ - ٢٦٢).

(٣) قال النووي في الروضة : (٧ / ٢١٢ - ٢١٣) ، وفي نكاح الأب جارية الابن للشافعي في جوازه نصان قيل هما قولان بناء على وجوب الاعفاف ان لم نوجبه جاز والا فلا وقطع الجمهور بأنه لايجوز قالوا ونقل الجواز غلط انما قال الشافعي يجوز أن يتزوج جارية أبيه فصحف المزني " أهـ

وقوله فصحف المزني أى قال يجوز أن يتزوج جارية ابنه.

(٤) نصه في الأم : (٦ / ٢٥٠) واذا كان الابن فقيرا بالغا لا يجد طولا لحرة ويخاف العنت فجائز له أن ينكح أمة أبيه كما ينكح أمة غيره الا أن ولده من أمة أبيه احرار فلايكون لأبيه أن يسترقهم لانهم بنوا ولده وان كان الأب فقيرا فخاف العنت فأراد أن ينكح أمة ابنه لم يجز ذلك له وجبر ابنه اذا كان واجدا على أن يعفه بانكاح أو ملك يمين " أهـ.

(*) ص لوحه / ١٤٠.

يجز أن يزوجه بأمته (وليس على الأب أن يعف ابنه فجاز أن يزوجه بأمته)[١] وانما كان وجوب اعفافه على الابن يمنعه من التزويج بأمة الابن لأن الحر لا يجوز له أن ينكح الأمة الا بشرطين عدم الطول وخوف العنت فان كان الأب موسرا لم يعدم الطول وان كان معسرا صار بوجوب اعفافه على الابن واجدا للطول فعلى هذا استدلاله مدفوع بغلطه .

وقال آخرون بل نقل المزني صحيح في تزويج الأب بجارية ابنه ثم اختلفوا في صحة هذا النقل على وجهين :

أحدهما : أنه عام في جواز تزويجه بها وأنه قول ثان للشافعي (رضى الله عنه)[٢] أنه لا يلزم الابن اعفاف أبيه[٣] ، كما " لا[٤] " يلزم الأب اعفاف ابنه .

والوجه الثاني : أنه جوز تزويجه بها في موضع مخصوص لا على العموم وان كان اعفافه على الابن واجبا " ومن قال[٥] " بهذا اختلفوا في موضع الخصوص الذى يجوز فيه تزويجه بها على وجهين :

أحدهما : أن أباه كان مملوكا فزوجه بأمته لأن اعفافه لا يجب عليه ولو كان حرا لم يجز.

---

(١) ساقط من " ط " من قوله " وليس على الأب . . الخ

(٢) ساقط من " ص " .

(٣) المشهور انه يلزمه اعفاف أبيه .
انظر: المنهاج صفحة : (٣٨٤ - ٣٨٥) ، روضة الطالبين : (٧ / ٢١٤).

(٤) ط " لم " .

(٥) هكذا في النسختين : ولعل صوابه :" ومن قالوا " .

والثاني : أن الابن كان معسرا لا يملك غير الأمة وهو اليها محتاج فزوجه بأمته لأنه معسر لا يجب عليه اعفاف أبيه ولو كان موسرا لم يجز .

فعلى هذا اذا كان له على هذا الوجه المخصوص أو على ماتقدم من الوجه العام " تزويج (١) " أبيه بأمته لم تصر باحبال الأب أم ولد " وان (٢) " صارت (٣) " باحباله لها في غير نكاح أم ولد .

والفرق بينهما أنه اذا وطئها بشبهة الملك من غير نكاح كان الولد حرا فانتشرت حرمته وتعدت الى أمه فصارت أم ولد واذا وطئها في نكاح كان الولد مملوكا ليس له حرية " تتعدى (٤) " الى الأم فلم تصر به أم ولد .

واما استدلاله الثاني في أنه ليس بمالك فخالف الشريك المالك فهو محجوج به لأنه لما صارت حصة غير الواطئ أم ولد للواطئ وليس ملكا له ولا له فيها شبهة ملك فلأن تصير جارية الابن أم ولد للأب لأن (له) (٥) فيها شبهة ملك وان لم يكن (له) (٦) فيها ملك (أولى) (٧) .

واما استدلاله الثالث بأنه لما لم تصر حصة الشريك باعتبار الواطئ أم ولد للشريك الواطئ وله ملك فلأن لا تصير للأب الذى ليس له ملك

---

(١) ط " في تزويج " .

(٢) ص " فان " .

(٣) ط " صار " .

(٤) ط " يتعد " .

(٥) ساقط من " ط " .

(٦) ساقط من " ط " .

(٧) ساقط " من " ط "

أولى فهو خطأ لأن اعتبار الأب مخالف لاعسار الشريك لأن الأب "يقوى"[١] شبهته باعساره لوجوب اعفافه والشريك تضعف شبهته باعساره في أنه لا يتعدى عتقه الى حصة الشريك ثم يسار الأب مخالف ليسار الشريك لأن الأب لا "يخل"[٢] عفافه بيساره والشريك يتعدى عتقه الى حصة شريكه بيساره فصار اعسار الأب "مساويا"[٣] ليسار الشريك لا لاعساره وقد ثبت أن يساره موجب لكونها أم ولد فكذلك الأب .

* فصـــل *

"فأما"[٤] وجوب قيمتها على الأب فعلى ضربين :

أحدهما : أن يلحق به ولدها .

والثاني : أن لا يلحق بـه .

فان لم يلحق به ولدها لم يخل حالها من أحد أمرين .

اما أن تموت بالولادة أو لا تموت ، فان لم تمت بالولادة فليس عليه قيمتها لأنها باقية على رق الابن وهو قادر على بيعها وأخذ ثمنها وان ماتت بالولادة ففي وجوب قيمتها عليه لأجل استهلاكه لها (لا)[٥] لأجل كونها أم ولد قولان . ذكرناهما في كتاب الغصب .

---

(١) ط "ينوى" .

(٢) ط "يحد" .

(٣) ط "متساويا" .

(٤) ط "واما" .

(٥) ساقط من "ط" .

أحدهما : عليه غرم قيمتها لتلفها بسبب من جهته .

والقول الثاني : لا يلزمه غرم قيمتها لأن نشوء الولد الذى حدث به موتها ليس من فعله ويجوز أن يكون موتها بغيره .

فعلى هذا لو قيل بالأول أنه غارم للقيمة لزمته قيمتها أكثر ماكانت من وقت الوطء المحبل الى وقت التلف وان نقصتها الولادة ولم تمت ضمن نقص قيمتها كالمغصوبة .

وعلى القول الثاني لا يلزمه ضمان قيمتها ولا ضمان نقصها فهذا حكم ضمانها اذا لم يلحق به ولدها .

فاما اذا لحق به ولدها فان جعلناها له أم ولد ضمن قيمتها يوم العلوق لانها به صارت أم ولد ، وسواء ماتت بالولادة أو لم تمت ، وسواء كان الأب موسرا أو معسرا ولا وجه لما فرق به بعض أصحابنا "بين"[1] يساره واعساره كوطء أحد الشريكين لأننا جعلناها أم ولد للأب لحرمة الولد بشبهة الملك فاستوت الحال في يساره واعساره و (لو)[2] جعلناها (أم ولد في حصة الشريك لدفع الضرر عنه فافترق الحكم في يسار الواطئ واعساره اذ لو جعلناها)[3] في اعتبار الواطئ أم ولد لأدخلنا على الشريك الضرر ولم يرفعه عنه وان لم نجعلها للأب أم ولد فعلى ضربين :

أحدهما : أن تموت بالولادة فيلزمه غرم قيمتها قولا واحدا بخلاف التى لم يلحق به ولدها في أحد القولين لأن ولد هذه لاحق به فكان سبب موتها متصلا به وولد تلك غير لاحق به فكان سبب موتها منفصلا عنه .

---

(١) ط "من" .

(٢) ساقط من "ط" .

(٣) ساقط من "ص" من قوله : "أم ولد حصة الشريك" .

والضرب الثاني : أن لا تموت فلا " يلزمه[١] " قيمتها لا في حال الحمل ولا بعد الوضع.

وقال أبو حامد الاسفرائيني : يؤخذ " قيمتها مدة[٢] " الحمل الى أن تضع فاذا وضعت استرجع القيمة لأن الابن ممنوع من بيعها باحبال الأب لها لكون ولدها حرا فلايصح بيعها مع الولد لحريته ولا يجوز استثناء ولدها في البيع لأن بيع الحامل دون ولدها " لا[٣] " يصح فصارت ممنوعة من تصرف المالك فجرى عليها حكم المغصوبة اذا أبقت يؤخذ الغاصب بقيمتها حتى اذا عادت ردت القيمة ،كذلك هذه .

وهذا خطأ ، لأن القيمة انما تستحق عند استهلاك العين وتعذر القدرة على التصرف (في الملك ، والعين هاهنا موجودة والتصرف[٤]) فيها بغير البيع ممكن فلم يجز مع بقائها في يده وتصرفه فيها أن يجمع بينها وبين قيمتها بخلاف المغصوبة اذا أبقت يكن له عليها يد ولا هو على التصرف في منافعها قادر وليس ماقتضاه الشرع من تأخير بيعها الى وقت الوضع موجبا لأخذ القيمة لأنه تأخير يتوصل به الى التسليم كالمغصوبة اذا هربت الى مكان معروف يؤخذ الغاصب بردها ولا يؤخذ بقيمتها كذلك هذه في مدة حملها فهذا وجه ثم يفسد ماقاله من وجه ثان وهو أن القيمة انما تستحق

---

(١) ص " يلزمها " .

(٢) ص " لقيمتها لمدة " .

(٣) ط " فلا " .

(٤) ساقط من " ط " .

اذا ملكت ملكا مستقرا في الظاهر لأن " المغصوبة[١] " به اذا أبقت يحكم بقيمتها تغليبا لحكم الفوات وهذه القيمة لا تملك ملكا مستقرا وانما تصير في يده اما كالعارية واما كالرهن وليس واحد منهما بواجب " فلماذا[٢] " يحكم بهما غير مملوكة ولا معارة ولا مرهونة (ثم)[٣] يفسد من وجه ثالث وهو أنه يصير جامعا بين الرقبة والقيمة واحد بدل الآخر فلم يجز الجمع بينهما .

* فصل *

واما وجوب قيمة الولد فهو على ضربين :

أحدهما : أن يكون مملوكا لا يلحق بالأب فليس عليه قيمته لبقاء رقه ولا يعتق على الابن لأنه غير مناسب " ولو ناسبه لناسبه[٤] " بالأخوة .

والضرب الثاني : أن يكون الولد حرا " قد ألحق[٥] " بالأب فهذا على ضربين :

أحدهما : أن لا تجعل (أمه)[٦] أم ولد ويستبقيها على رق الابن فيجب على الأب غرم قيمته لأنه قد استهلك رقه بالحرية " واعتبر[٧] " قيمته " وقت[٨] " الولادة .

---

(١) ص " المقصودة " .

(٢) ط " فلهذا " .

(٣) ساقط من " ص " .

(٤) ص " غير واضح " .

(٥) ط " فالحق " .

(٦) ساقط من " ط " .

(٧) ط " ويعتبر " .

(٨) ط " يوم " .

وقال أبو يوسف :[1] وقت الترافع الى القاضى .

وهذا خطأ لتقدم استهلاكه بالحرية على وقت الترافع الى القاضى لأنه "عتق"[2] وقت العلوق ولكن لم يتمكن الوصول الى قيمته الا عند الولادة فكذلك اعتبرناها فيه ولو أمكن الوصول الى قيمته وقت العلوق لاعتبرناه .

والضرب الثاني : أن تجعل أمه أم ولد فهذا على ضربين :

أحدهما : أن تضعه بعد دفع قيمتها فلا يلزم الأب قيمة ولدها لأنها بدفع القيمة قد استقرت له أم ولد فصارت واضعة له في ملكه .

والضرب الثاني : أن تضعه قبل دفع قيمتها ففي وجوب قيمتها قولان مبنيان على اختلاف قوله متى تصير أم ولد "فأصح"[3] قوليه أنها تصير أم ولد بنفس العلوق فعلى هذا لا يلزم قيمة الولد لأنها تضعه بعد كونها أم ولد .

والقول الثاني : أنها تصير أم ولد بالعلوق مع دفع القيمة ، فعلى هذا يلزم قيمة الولد لأنها لم تكن وقت الولادة أم ولد فهذا وطء الأب جارية ابنه .

وكذلك لو وطئ جارية بنته أو بنت ابنه أو ابن بنته أو من سفل من أولاده . والله أعلم .

---

(١) ط " أبو حنيفة " .

(٢) ط " غير " .

(٣) ط " وأصح " .

* فصـــــل *

فاما اذا وطئ الابن جارية أبيـه فهو زان والحد عليه واجب ان لـم يجهل التحريم بخلاف الأب لما قدمناه من الفرق بينهما في الشبهة فـي الاعفاف وفي الحرمـة في القصاص " فيجرى[١] " عليه حكم الزنى في وجـوب الحد واستحقاق المهر ان " أكرهها[٢] " وفيه ان " طاوعته[٣] " قولا ن (و)[٤] لا يلحق به ولدها ولا تصير (به)[٥] أم ولد وفي وجوب قيمتها (ان ماتت مـن الولادة)[٦] قولان وان كان جاهلا بتحريمها لاسلامه حديثا أو قدومه مـن بادية نائية صار ذلك شبهة له " يسقط[٧] " عنه الحد " ووجب[٨] " عليـه المهر في الاكراه والمطاوعة ولحق به الولد مملوكا في حال العلوق ولأنـه لم يكن له شبهة ملك كالأب ولا اعتقد حرمة الموطوءة كالغارة فلذلك كـان الولد في حال العلوق مملوكا لكنـه يعتق على الأب لأنه ابن ابنه ومـن ملك ابن ابنه عتق عليـه ولا يرجع بقيمته على الابن لأنه لما لم يملك رقـه لم يملك قيمته ولا تصير الأمة أم ولد للابن في الحال ولأن ملكها فـي ثاني حال لأنها ماعلقت منه بحر وانما صار بعد الوضع حرا فلم " يتعقد[٩] "

---

(١) ط " فيجرا " .

(٢) ط " اكره " .

(٣) ط " طاوعت ".

(٤) ساقط من " ص " .

(٥) ساقط من " ط " .

(٦) ساقط من " ص " .

(٧) ط " فسقط " .

(٨) ط " فوجب " .

(٩) ط " ينعقد " .

اليها حكم حريته كما لو أولدها من نكاح ثم ملكها لم تصر له أم ولد لأنها علقت منه بمملوك (ثم)[١] هكذا حكم الابن اذا وطئ جارية أبيه أو جده أو جدته أو وطئ الأخ جارية أخيه .

* فصل *

واذا قد مضى الكلام في وطء الأب جارية ابنه ووطء الابن جارية أبيه " فسنذكر "[٢] مايجب على كل واحد منهما من اعفاف صاحبه ، اما الابن فلايجب على (الأب)[٣] اعفافه وان " وجبت "[٤] عليه نفقته لأن نفقة الابن بعد الكبر مستصحبه بحال الصغر التي لايراعى فيها الاعفاف فاستقر فيه حكم مابعد الكبر اعتبارا بحال الصغر .

" واما "[٥] الأب فوجوب اعفافه على الابن معتبر بوجوب نفقته عليه فان كان الأب موسرا لم تجب عليه نفقته ولا اعفافه وان كان معسرا نظر (فيه)[٦] فان كان عاجزا عن الكسب بزمانة أو هرم وجبت نفقته وان كان قادرا عليه ففي وجوب نفقته قولان :

أحدهما : يجب اعتبارا (بفقره)[٧] .

---

(١) ساقط من " ص " .

(٢) ص " فنذكر " .

(٣) ساقط من " ط " .

(٤) ط " وجب " .

(٥) ص " فأما " .

(٦) ساقط من " ص " .

(٧) ساقط من " ط " .

والثاني : لا يجب اعتبارا بقدرته ، فان لم تجب " نفقة الأب "(١) (لم يجب اعفافه وان وجبت نفقته)(٢) فان لم يكن به الى الزوجة حاجة لضعف شهوته لم يجب على الابن تزويجه(*) ، وان كان " محتاجا الى النكاح "(٣) لقوة شهوته ففي وجوب اعفافه على الابن قولان :

أحدهما : نقله ابن خيران ،(٤) وتأوله غيره من كلام المزني ،(٥) هاهنا أنه لا يجب اعفافه ،(٦) وان وجبت نفقته وبه قال أبو حنيفة(٧) اعتبارا بأمرين :

أحدهما : " بالابن "(٨) في أن وجوب نفقته لا تقتضي وجوب اعفافه لو احتاج .

والثاني : " بالأم "(٩) في أن وجوب نفقتها لا يقتضي وجوب اعفافها لو احتاجت " فان "(١٠) كان اعفافه معتبرا بالطرف الأدنى سقط بالابن وان كان معتبرا بالطرف الأعلى سقط بالأم .

---

(١) ط " نفقته " .

(٢) ساقط من " ط " .

(٣) ط " له الى النكاح حاجة " .

(٤) تقدمت ترجمته صفحة : (١٣٧) .

(٥) تقدمت ترجمته صفحة (٢٤) .

(٦) قال النووي في الروضة : (٧ / ٢١٤) المشهور أنه يلزم الولد اعفاف الأب وخرج ابن خيران قولا أنه لا يجب .

(٧) انظر :

(٨) ص " الابن " .

(٩) ط " الأم " .

(١٠) ص " وان " .

(*) ط لوحه / ٩٥ .

والقول الثاني : نص عليه في الدعوى والبينات[1]، وهو اختيار جمهور أصحابنا أن اعفافه واجب كنفقته[2]؛ لعموم قوله تعالى : (وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفاً)[3] " واعفافه[4] من المعروف ولأنه لما وقيت نفس الأب بنفس الابن فلم يقتص من الأب بالابن " فأولى[5] أن توقا بمال الابن في وجوب اعفافه على الابن وبهذا المعنى فرقنا بينه وبين الابن في الاعفاف للافتراق بينهما في القصاص " فأما[6] الفرق بين الأب والأم في الاعفاف هو أن اعفاف الأب التزام فوجب على الابن (و)[7] اعفاف الأم اكتساب فلم يجب على الابن.

* فصل *

فاذا تقرر وجوب اعفاف الأب على أصح القولين " فالكلام[8] فيه يشتمل على ثلاثة فصول :

(أحدها[9] :) فيمن يجب اعفافه من الآباء .

والثاني : فيمن يجب عليه الاعفاف من الأبناء .

والثالث: فيما يكون به الاعفاف.

---

(١) انظر الأم : (٦/ ٢٥١) .

(٢) قال في المنهاج صفحة : (٣٨٤-٣٨٥) ، ويلزم الولد اعفاف الأب والاجداد على المشهور ، وانظر المهذب : (٢ / ١٦٢) .

(٣) سورة لقمان : الآية (١٥) .

(٤) ص " وانكاحه " .

(٥) ط " فوجب " .

(٦) ط " واما " .

(٧) ساقط من " ط " .

(٨) ط " والكلام " .

(٩) ساقط من " ط " .

فأما الفصل الأول : فيمن يجب اعفافه من الآباء فهو كل والد فيه تعصب وان علا سواء كان (ذا)[1] عصبة من قبل الأب كأبي الأب أو كان ذا رحم كأبي الأم وهما في وجوب النفقة والاعفاف سواء وهكذا أبو أب الأب وأبو أم الأم وهكذا أبو أم الأب وأبو أم الأم هما سواء في الدرج وسواء في وجوب النفقة والاعفاف وهكذا لو "اختلف درجهما"[2] فكان أحدهما "أبا أب"[3] والآخر "أبا أم"[4] وجبت نفقتهما واعفافهما اذا أمكن تحمل الولد لهما فاما اذا اجتمع أبوان وضاقت حال الابن عن نفقتهما واعفافهما وأمكنه القيام بأحدهما فهذا على ضربين :

أحدهما : أن يستويا في الدرج .

والثاني : أن يتفاضلا .

فان استويا في الدرج فعلى ضربين :

أحدهما : أن يكون عصبة ، والآخر ذا رحم كأبي أب الأب" وابي أبي الأم[5] والعصبة منهما أحق بتحمل "نفقته"[6] واعفافه من ذي الرحم لقوة شبهته .

والضرب الثاني : أن يكونا جميعا ذا رحم كأبي أم الأب ، وأبي أب الأم فهما سواء في الدرجة والرحم وليس يجوز أن يستوي أبوان في الدرجة والتعصيب وان جاز أن يستويا في الدرجة والرحم ، واذا كان كذلك

---

(١) ساقط من "ط" .

(٢) ط "اختلفت درجتهما" .

(٣) ط "أبو أب" .

(٤) ط "أبو أم" .

(٥) ص "وأبو أم الأم" .

(٦) ط "نفلته" .

وجب أن يستوى بينهما لاستواء سببهما وفي كيفية التسوية بينهما اذا عجزه القيام بهما وجهان :

أحدهما : ينفق على أحدهما يوما وعلى الآخر يوما لتكمل نفقة كل واحد منهما في يومه .

والوجه الثاني : وهو عندى أصح ينفق على كل واحد منهما في كل يوم نصف نفقة لتكون النفقة في كل يوم بينهما .

فأما الاعفاف فلايجيء فيه هذان الوجهان ،لأن المهاياة بينهما فيه على الوجه الثاني لايمكن واذا لم يمكنا وجب مع استواء سببهما أن يقرع بينهما فيه فأيهما قرع كان أحق بالاعفاف من الآخر "واما(١) ان تفاضلا في الدرج فعلى "ضربين"(٢) :

أحدهما : أن يكون الأقرب عصبة والأبعد ذا رحم كأبى الأب "وأبى أم الأم"(٣) فيكون أبو الأب أحق بالنفقة والاعفاف من أبى أم الأم(٤) ؛ لاختصاصه بسببى القرب والتعصيب .

والضرب الثاني : أن يكون الأقرب ذا رحم والابعد عصبة كأبي الأم وأبى أب الأب فقد قال أبو حامد الاسفرائينى(٥) : هما سواء لأن الأقرب منهما ناقص الرحم والأبعد منهما زائد بالتعصيب فتقابل السببان فاستويا .(*)

---

(١) ط " فاما ".

(٢) ص" وجهين " .

(٣) ط "وأبى أب الأم ".

(٤) على الأصح كما في الروضة : (٧/٢١٤).

(٥) تقدمت ترجمته صفحة : (٢٦٣).

(*) ص لوحه / ١٤٥.

وهذا الذى قاله عندى غير صحيح بل الأقرب منهما أحق ، وان كان ذا رحم من الأبعد ، وان كان ذا تعصيب لأن المعنى في استحقاق النفقة والأعفاف هو " الولادة "(١) دون التعصيب فاذا تساوت الدرج وقوى أحدهما بالتعصيب كان أحق كأخوين أحدهما لأب وأم والآخر لأب . . واذا اختلفت الدرج كان الأقرب أحق وان قوى الآخر بالتعصيب كأخ لأب وابن أخ لأب وأم .

* فصل *

واما الفصل الثاني فيمن يجب عليه الاعفاف من الابناء فهم البنون ثم البنات ثم بنوهما وان بعدوا فيجب على الابن اذا كان حرا موسرا دون البنت وان كانت موسرة كما يتحمل الأب نفقة ابنه دون الأم فان أعسر به الابن تحملته البنت كما لو اعسر الأب تحملتها الأم.

فلو كان للأب ابنان موسران تحملا بينهما نفقته واعفافه فيحمل كل واحد نصف الاعفاف ، وفي كيفية تحمله لنصف النفقة وجهان على مامضى ، فلو كان أحدهما موسرا ، والآخر معسرا تحمل ذلك الموسر منهما دون المعسر فلو أيسر المعسر واعسر الموسر تحولت النفقة " من المعسر الى الموسر "(٢) فاما الاعفاف فان كان قد " عجله "(٣) من أعسر سقط عمن أيسر الا مايستحق بالاعفاف من نفقة الزوجة وان لم يعجله من أعسر يلتزمه من أيسر فلو كان للأب بنت وابن ابن وهما موسران كان ابن الابن أحق بتحملهما من البنت

---

(١) ط " الولاية ".

(٢) ط " عمن أعسر الى من أيسر ".

(٣) ص " عجز ".

كما يكون الجد أحق بتحمل النفقة من الأم فلو كان له ابن بنت وبنت ابن ففي أحقهما بتحمل " الاعفاف "[1] والنفقة ثلاثة أوجه :

أحدها : ابن البنت لأنه ذكر .

والثاني : بنت الابن لادلائها بذكر.

والثالث: أنهما سواء لأن الذكر يدلي بأنثى والأنثى مدلية بذكر فصار في كل واحدة من الجهتين ذكر وأنثى فلو أعف الابن أباه ثم أيسر الأب سقطت عن الابن نفقة من أعفه بها من زوجة أو أمة ولم يكن للابن أن يرجع على أبيه بالأمة ان كان قد أعفه بها ولا بصداق الحرة ان كان قد زوجه بها لأنه قد يستحقه بسبب لا يعتبر استدامة كما لا يعتبر استدامة عدم الطول وخوف العنت بعد نكاح الأمة.

* فصل *

واما الفصل الثالث فيما يكون به الاعفاف ، فهو ما خص الفرج من استمتاع بحرة يزوجه بها أو يتسرى بامة يملكه اياها،[2] والخيار فيه بين التزويج والتسري الى الابن دون الأب فان أراد الابن أن يزوجه بنفسه لم يجز لأن الأب رشيد لا يولى عليه ولكن يتزوج الأب ويلتزم الابن صداق الزوجة ثم نفقتها وكسوتها وليس للأب أن يغالي في صداق زوجته وفيما يستحقه من ذلك وجهان :

---

(١) ط " التصحيح من الهامش ".

(٢) قال النووي " المراد بالاعفاف أن يهيئ له مستمتعا بأن يعطيه مهر حرة ينكحها أو يقول تزوج وأنا اعطي المهر أو يباشر النكاح باذن الأب ويعطي المهر أو يملكه جارية تحل للأب أو ثمن جارية " اهـ انظر: روضة الطالبين : (٧ / ٢١٦) .

أحدهما : أقل صداق من تكافئه من النساء اعتبارا بحاله .

والوجه الثاني : من يستمتع بها من جميع النساء اعتبارا بحاجته وليس "على الابن"[1] أن يحمله على تزويج من لامتعة فيها من الأطفال وعجائز النساء وذوات العيوب التي يفسخ بها النكاح ومن تشوه خلقها لنفور النفس "منهن"[2] وتعذر الاستمتاع بهن[3] .

"لكن"[4] لافرق بين المسلمة "والذمية"[5] فأما الأمة فلايجوز أن يزوجه بها لأن الأمة لا يتزوجها الا من عدم الطول وهو بالابن واجد للطول فهذا حكم عفافه بالتزويج فاما اعفافه بملك فالابن بالخيار بين أن يهب له أمة من امائه على الوصف الذى ذكرنا ببذل وقبول واقباض لينتقل بصحة الهبة بالبذل والقبول ، واستقرارها بالقبض من ملك الابن الى ملك الأب ، وبين أن يأذن له في ابتياع أمة يدفع عنه ثمنها فان ابتاعها الابن له نظر فان كان باذن صح الشراء له وجاز له الاستمتاع بها لاستقرار "ملكه"[6] عليها وان كان "بغيراذنه"[7] (فالشراء للابن دون الأب لأن الشراء لايصح)[8] فان استأنف الابن هبتها له على ماذكرنا صارت ملكا (له)[9] بالهبة دون الشراء وجاز له الاستمتاع بها ثم على الابن التزام نفقتها وكسوتها كالحرة ،

---

(١) ط "للابن" .

(٢) ص "عنها" .

(٣) انظر: روضة الطالبين : (٧ / ٢١٦) .

(٤) ص "لاكن" .

(٥) ط "والكافرة الذمية" .

(٦) ص "حكمه" .

(٧) ط "بغيراذنه صح" .

(٨) ساقط من "ط" من قوله : "فالشراء للابن" .

(٩) ساقط من "ط" .

فلو أذن الابن لأبيه في وطء أمة له لم يهبها له لم يجز للأب وطؤها لأن الأمة لا يجوز وطؤها الا بملك أو يمين أو عقد نكاح ، والأب لم يملكها بهذا الاذن ولا يصح أن يتزوجها لوجود الطول ، فلو زوجه الابن أو سراه فاعتق الأب أو طلق لم يلزم الابن أن يزوجه " ويسريه (١) " ثانية بعد طلاقه " وعتقه (٢) " لأن الأب قد استهلك بنفسه ما استحقه من ذلك فلو الزم الابن مثله " لفعل (٣) " الأب مثله فأدى الى مالا نهاية له ، ولكن لو ماتت الزوجة أو الأمة حتف أنفها ففي وجوب اعفافه على الابن ثانية وجهان :

أحدهما : يجب (٤) لبقاء السبب الموجب (له) (٥) وانه غير منسوب الى " تفويت (٦) " حقه منه .

والوجه الثاني : أنه لا يجب عليه غير الأوله ، لأنه عقد يوضع للتأبيد في الأغلب والله أعلم .

---

(١) ط " يسرية " .

(٢) ط " بعد عتقه " .

(٣) ط " لنقص " .

(٤) وهو الصحيح : قال في المنهاج صفحة : (٣٨٥) ويجب التجديد اذا ماتت أو انفسخ بردة أو فسخه بعيب وكذا ان طلق بعذر في الأصح " أهـ .
وانظر : روضة الطالبين : (٧ / ٢١٧) .

(٥) ساقط من " ط " .

(٦) ط " ثبوت " .

* مســـــألـة *

قال الشافعي (رضي الله عنه)[1] قال الله تعالى : (﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾[2]) وفي هذا دليل أن الله تعالـــى أراد الأحرار لأن العبيد لا يملكون[3] ، انما أراد الشافعي بهذا للعبـــد أن يتسرى وهو مبنى على أن العبد هل يملك (اذا ملك)[4] أم لا ؟

فلا يختلف الفقهاء أنه " مالم[5] " يملكه[6] السيد لم يملك ويكون جميع مايكتسبه من صيد أو احتشاش أو بضيعة أو عمل " ملكا[7] " لسيده دونه[8] ، " وان[9] " ملكه السيد فهل يملك أم لا فيه قولان :

أحدهما : وهو قوله في القديم أنه يملك اذا ملك[10] ، وبه قال مالك ، وداود[11] .

ثم اختلفوا في حكم ملكه على هذا القول ، فعلى مذهب الشافعي يكـــون ملكا ضعيفا لا يتحكم فيه الا باذن السيد " وللســـيد[12] " استرجاعـــه .

---

(١) ساقط من " ص " .

(٢) سورة المؤمنون ، الآية (٥ - ٦) .

(٣) انظر: مختصر المزني صفحة (١٦٨) .

(٤) ساقط من " ط " .

(٥) ط " ان لم " .

(٦) ص " يملك " .

(٧) ط " ملك " .

(٨) انظر: المهذب : (٢ / ٤٠) .

(٩) ط " فان " .

(١٠) انظر: السراج الوهاج : صفحة (٢٠٤) .

(١١) انظر: رسالة أبي زيد القيرواني مع الفواكه الدواني : (٢ / ١٥١) .

(١٢) ط " ولسيده " .

وقال مالك هو ملك قوى يتحكم فيه كيف شاء لكن للسيد استرجاعه[1] ، (وقال داود هو ملك)[2].

والقول الثاني : قاله الشافعي في الجديد أنه لا يملك اذا ملك[3] ، وبه قال أبو حنيفة[4] ، وقد مضى توجيه القولين في كتاب البيوع، فاذا تقرر القولان وأراد العبد أن يتسرى بأمة فان لم يملكه السيد اياها لم يكن له أن يطأها وان اذن له السيد فيه لأنه لا يحل لأحد أن يستبيح الا وطء زوجته أو ملك يمين وليست هذه الأمة المأذون للعبد في وطئها زوجة (له)[5] ولا ملك يمين فلم يحل له وطؤها بمجرد الاذن كما لا[6] يحل لغيره من الناس أن يطأها باذن السيد ، وان ملكه السيد اياها فعلى قوله في القديم يصير ملكا لها وليس له أن يطأها متسريا لها[7] ما لم يأذن له السيد في وطئها وان صار مالكا لها " لأنه ملكه ضعيف "[8].

---

(١) قال في الفواكه الدواني على رسالة القيرواني : (٢ / ٢٥١) ماذكره المصنف في أن مابيد العبد له مبني على أنه يملك لكن ملكه ضعيف غير تام وقيل لا يملك " .

(٢) ساقط من " ص " .

(٣) انظر: المنهاج صفحة : (٢٠٤) مع السراج الوهاج .

(٤) انظر: الهداية (٤/٤)

(٥) ساقط من " ط " .

(٦) ط " لم " .

(٧) ط " بها " .

(٨) ص " لانه ملك ضعيف " .

فان اذن له في وطئها جاز له حينئذ التسرى بها مالم يرجع السيد في ملكه أو اذنه .

روى عن ابن عباس " أنه أجاز لعكرمة (١) أن يتسرى بجارية أعطاه اياها (٢) "

وروى عن ابن عمر (٣) أن العبد يتسرى بها (٤) " لزوال السبب الذى استباح به التسرى ، فلو كان العبد قد أولدها صارت (له) (٥) أم ولد وحرم عليه " بيعها (٦) " فان رجع السيد عليه بها جاز للسيد بيعها لأنها صارت أم ولد في حق العبد لا في حق السيد هذا كله حكم قوله في القديم .

---

(١) تقدمت ترجمتهما صفحة (٥٢ - ٤٢) .

(٢) هذا الأثر رواه ابن حزم في المحلى : (١١ / ٥٨١) عن أبى معبد مولى ابن عباس عن ابن عباس أن عبدا له طلق امرأته طلقتين فأمره ابن عباس أن يراجعها فأبى فقال له ابن عباس هي لك فاستحلها بملك اليمين " .
وفي رواية لعبد الرزاق في المصنف : (٧ / ٢١٥) عن عكرمة عن ابن عباس لا بأس للعبد أن يتسرى " .

(٣) تقدمت ترجمته صفحة (٢١٣) .

(٤) ففي مصنف عبد الرزاق : (٧ / ٢١٤) عن نافع قال كان ابن عمر يرى لمملوكه سرارى لا يعيب ذلك عليه .
وفي المصنف لابن أبى شيبة : (٤ / ١٧٤) عن نافع قال كان ابن عمر يرى عبده يتسرى في ماله فلا يعيب ذلك عليه " .
وانظر المغنى لابن قدامة : (٧ / ٨٦) .

(٥) ساقط من " ص " .

(٦) ص " يرد بيعها " .

" وأما[1] على قوله في الجديد فلايملكها العبد وان ملكه السيد " فلا[2] يجوز له أن يتسرى بها وان أذن له السيد .

والمروى عن ابن عباس " أنه أجاز لعكرمة أن يتسرى بجارية اعطاه اياها[3].

فالمروى خلافه ، وهو أنه كان قد زوجه بها ثم طلقها عكرمة بغير اذنه وكان ابن عباس يرى (أن)[4] طلاق (العبد)[5] لا يقع بغير اذن سيده فأمره بالمقام عليها فكره عكرمة ذاك فاباحه أن يتسرى[6] تطيبا لنفسه ومعتقدا أن الاباحة يعقد النكاح .

وأما ابن عمر فقد روى عنه خلاف ماذكر، قال ابن عمر : " لا يطأ الرجل وليدة ان شاء باعها وان شاء وهبها وان شاء صنع بها ماشاء "[7] يريد بذلك الأحرار دون العبيد لكن ان وطئها العبد على هذا القول فلاحد عليه لمكان الشبهة .

---

(١) ص " فأما " .

(٢) ط " لا " .

(٣) تقدم قبل أسطر.

(٤) ساقط من " ص ".

(٥) ساقط من " ص ".

(٦) ففي المصنف لعبدالرزاق : (٧ / ٢١٤ - ٢١٥) أخبرنا ابن جريج قال أخبرني عمرو بن دينار أن أبا معبد مولى ابن عباس أخبره أن عبدا كان لابن عباس وكانت له امرأة جارية لابن عباس فطلقها فبتها فقال ابن عباس انك لاطلاق لك فارجعها فأبى فقال ابن عباس هي لك فاستحلها بملك اليمين فأبى " .

(٧) ذكر هذا الأثر المزني في مختصره صفحة (١٦٨) .

* فصـــــل *

فلو زوج الرجل عبده بأمته ثم "باعهما"[1] أو أحدهما أووهبها أو أحدهما كان النكاح بحاله ،ولو وهب العبد لزوجته وأقبضها اياه فعلى قوله في القديم تملكه بالهبة ويبطل النكاح لأن المرأة لا يصح أن تملك زوجها فيكون بعد الملك زوجا لها وهكذا لو وهب الأمة لزوجها ملكها وبطل نكاحها وعلى قوله في الجديد لا تصح الهبة ويكون النكاح بحاله. (والله أعلم)[2].

---

(١) ط "باعها".

(٢) ساقط من "ط".

* مســـــألة *

قال الشافعي (رضى الله عنه)[1] " فلا يحل أن يتسرى العبد ولا من لم تكمل فيه الحرية بحال "[2].

أما التسرى فهو الاستمتاع بالأمة لأنها تسمى اذا كانت من ذوات المنع سرية وفي تسميتها بذلك تأويلان :

أحدهما : مأخوذ من السر وهو الجماع لأنه المقصود من الاستمتاع (بها)[3].

والثاني : أنه مأخوذ من السرور لأنها تسر المستمتع (بها)[4] فأما تسرى العبد فقد مضى الكلام فيه " وكذلك "[5] حكم المدبر، والمخارج ، والمعتق على صفة لم توجد ، والمكاتب ، فاما من تبعضت فيه الحرية والرق فكان بصفة حرا وبصفة مملوكا فهو يملك بنصفه الحر من أكسابه مثل مايملك السيد بنصفه المملوك فان هاياه السيد على يوم ويوم كان ماكسبه في يومه ملكا " له "[6] وماكسبه في يوم سيده " ملكا لسيده "[7] وان لم يهايه كان نصف ماكسبه العبد في كل يوم ملكا لنفسه ، ونصفه ملكا " لسيده "[8] فاذا اشترى " بما "[9] (يملكه من)[10] كسبه أمة ملكها

---

(١) ساقط من " ص " .

(٢) انظر: مختصر المزني صفحة : (١٦٨) .

(٣) ساقط من " ص " .

(٤) ساقط من " ط " .

(٥) ط " فكذلك " .

(٦) ط " لنفسه " .

(٧) ط " ملك سيده " .

(٨) ص " للسيد " .

(٩) ط " ما " .

(١٠) ساقط من " ص " .

ملكا مستقرا لأنه ملك بحريته لا بتمليك سيده ، لكن ليس له وطئها بغير اذن سيده وان ملكها لأمرين :

أحدهما : أن أحكام الرق عليه أغلب في جميع أحكامه فكذلك في تسريه .

الثاني : أن الحرية لا تتميز في أعضائه من الرق " فكل [1] عضو منه مشترك الحرية والرق فلم يجز أن يطأ بعضو بعضه مرقوق للسيد الا باذنه كما لو كان جميعه مرقوقا فاذا ثبت هذا فالشرط في اباحة تسرية اذن السيد دون تمليكه وان افتقر في العبد الى تمليكه " واذنه [2] " لأن هذا ملك فلم يفتقر الى تمليكه والعبد غير مالك فافتقر الى تمليكه ، فاذا اذن له جاز تسريه فان أولدها صارت له أم ولد وحرم بيعها بكل حال لأنها ملكت بحريته فجرى عليها حكم أمهات " الأولاد [3] " الأحرار وكان أولاده منها أحرارا لاختصاصهم بحريته دون رقه .

---

(١) ط " وكل " .

(٢) ط " باذنه " .

(٣) ط " أولاده " .

* مسألة *

قال الشافعي (رضي الله عنه)[١] " ولا يفسخ نكاح حامل من زنى وأحب أن يمساك حتى تضع "[٢].

اعلم اننا نكره للعفيف أن يتزوج الزانية ونكره للعفيفة أن تتزوج بالزاني لعموم قوله تعالى : (الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ)[٣] (الآية)[٤] ، ولما روى عن النبي صلى الله عليه (وسلم)[٥] أنه قال " فعليك بذات الدين تربت يداك "[٦].

واذا كان كذلك فالكلام في نكاح الزانية يشتمل على ثلاثة فصول :

أحدها : في الرجل اذا زنى بامرأة هل يحل له نكاحها أم لا .

والفصل الثاني : في زوجة الرجل اذا زنت هل يبطل نكاحها أم لا .

والفصل الثالث: في الزنى هل يتعلق عليه شيء من أحكام النكاح أم لا .

فأما الفصل الأول : في الرجل اذا زنى بامرأة فيحل له أن يتزوجها وهو قول جمهور الصحابة والفقهاء[٧].

---

(١) ساقط من " ص ".

(٢) انظر: مختصر المزني صفحة: (١٦٨) .

(٣) سورة النور، الآية (٣) .

(٤) ساقط من " ط " .

(٥) ساقط من " ص " .

(٦) جزء من حديث صحيح تقدم تخريجه صفحة: (٤٣٣) .

(٧) انظر: المدونة الكبرى : (٢/١٨٧) ، مصنف ابن أبي شيبة : (٤/ ٢٤٨ — ٢٤٩) ، تفسير القرطبي : (١٢/١٦٩) ، المغني لابن قدامة : (٧/١٤٢) ، نيل الأوطار : (٦/١٥٥) .

" وحكى[1] عن علي بن أبي طالب رضوان الله عليه ، والحسن البصري[2] ، " أنها قد حرمت عليه أبدا فلايجوز أن يتزوجها بحال[3] .

وقال أبو عبيد[4] ، وقتادة وأحمد بن حنبل واسحق[5] : ان تابا من الزني حل أن يتزوجها وان لم يتوبا لم يحل[6] ، قالوا والتوبة أن " يخلو[7] أحدهما بصاحبه فلايهم " به[8] " استدلالا[9] بقوله تعالى : (الزَّانِي لَا يَنكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحُرِّمَ ذَٰلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ)[10] "

---

(١) ص " وذكر " .

(٢) تقدمت ترجمتهما صفحة : (١٣١ - ٣٦) .

(٣) وهو مروى عن ابن مسعود والبراء بن عازب وعائشة رضى الله عنهم انظر: المصنف لابن أبي شيبة : (٤ / ٢٥١) ، تفسير القرطبي : (١٢/ ١٧٠) ، المغنى لابن قدامة : (٧ / ١٤٢) ، المحلى لابن حزم (١١ / ٦٤) ، والبيهقي : (٧ / ١٥٥) ، وقد روى عن علي رضى الله عنه رواية أخرى انها لاتحرم المرأة على من زنى بها : انظر: نيل الأوطار : (٦ / ١٥٥) .

(٤) هو القاسم بن سلام : تقدمت ترجمته صفحة : (٦٣٩) .

(٥) تقدمت ترجمتهم صفحة : (٦٦ - ١٤٠ - ٢١٥)

(٦) انظر: مصنف ابن أبي شيبة : (٤ / ٢٥١) ، المدونة الكبرى : (٢ / ١٨٧) ، المغنى لابن قدامة : (٧ / ١٤١) ، نيل الأوطار : (٦ / ١٥٥) .

(٧) ط " يخلوا " .

(٨) ط " له " .

(٩) ط " مكرر " .

(١٠) سورة النور، الآية (٣) .

" فكان[١] ماتقدم من المنع وتعقب من التحريم نصا لا يجوز خلافه ، ودليلنا قوله تعالى بعد ذكر المحرمات من ذوات الانساب (وَأُحِلَّ لَكُمْ مَاوَرَاءَ ذَٰلِكُمْ)[٢] " فكان[٣] على عمومه في العفيفة والزانية .

وروى ابن شهاب عن عروة عن عائشة[٤] ، أن النبي صلى الله عليه (وسلم)[٥] قال : " لا يحرم الحرام الحلال "[٦] (وهذا نص)[٧] .

ولأنه منتشر في الصحابة بالاجماع ، وروى عن أبي بكر وعمر (وابن عمر)[٨] وابن عباس وجابر[٩] .

---

(١) ط " وكان " .

(٢) سورة النساء ، الآية (٢٣) .

(٣) ط " وكان " .

(٤) تقدمت ترجمتهم صفحة : (٢٢٥ - ٩٩ - ٤٨) .

(٥) ساقط من " ص " .

(٦) رواه الدارقطني : (٣ / ٢٦٨) ، وابن ماجة : (١ / ٦٤٩) ، والبيهقي في السنن : (٧ / ١٦٨) ، قال البوصيري في الزوائد : (٢ / ١٢٣) ، اسناده ضعيف لضعف عبدالله بن عمر العمري ، وضعفه الألباني في سلسلة الأحاديث الضعيفة رقم : (٣٨٥) ، وضعيف الجامع : (٦ / ٨٧) .

(٧) ساقط من " ص " .

(٨) ساقط من " ط " .

(٩) تقدمت ترجمة الجميع صفحة : (١١٩ - ٩٢٠ - ٢١٣ - ٥٢ - ٦٢) .

فروى عن أبى بكر رضى الله عنه أنه قال : " اذا زنى رجل بامرأة لم يحرم عليه نكاحها [١] ".

وروى عن عمر رضى الله عنه " أن رجلا تزوج امرأة وكان له " ابن [٢] " من غيرها ولها بنت من غيره ففجر الغلام بالجارية وظهر بها حمل فلما قدم عمر مكة رفع اليه فسألهما فاعترفا فجلدهما عمر الحد " وحرص [٣] " أن يجمع بينهما فأبى الغلام [٤] ".

وروى عن عبدالله بن عمر أنه كان له أمة فظهر بالأمة حمل فاتهم بها الغلام فسأله فأنكر وكان للغلام اصبع زائدة فقال له ان أتت بولد له اصبع

---

(١) لم أجد هذا الأثر بهذا اللفظ ولكن أخرج البيهقي في السنن : (٧ / ١٥٥) عن أبى بكر ، في رجل بكر افتض امرأة واعترفا فجلدهما مائة ثم زوج أحدهما من الآخر مكانه ونفاهما سنة : وانظر مصنف عبدالرزاق : (٧ / ٥٤) وابن أبى شيبة : (٤ / ٢٤٩) والمحلى لابن حزم : (١١ / ٦٦ - ٦٧ - ٦٨) فقد رووه بألفاظ متقاربة وزيادة ونقص .

(٢) ص " ابن عم " .

(٣) في النسختين " عرض " والتصويب من مصنف عبدالرزاق : (٧ / ٢٠٤) ، وابن شيبة : (٤ / ٢٤٨) ، وسنن البيهقى : (٧ / ١٥٥) .

(٤) هذا الأثر أخرجه ابن شيبة : (٤ / ٢٤٨) ، وعبدالرزاق : (٧ / ٢٠٣ - ٢٠٤) في مصنفيهما ان سباع بن ثابت تزوج ابنة رباح بن وهب وله ابن من غيرها ولها ابنة من غيره ففجر الغلام بالجارية فظهر بالجارية حمل فرفعا الى عمر بن الخطاب فاعترفا فجلدهما وحرص أن يجمع بينهما فأبى الغلام " واللفظ لابن أبى شيبة .

" زائدة[1] جلدتك فوضعت ولدا له اصبع زائدة فجلده ثم زوجه بها[2] " .

وروى عن ابن عباس ، انه سئل أيتزوج الزاني بالزانية فقال نعم لو سرق رجل من كرم عنبا " أكان[3] " يحرم عليه أن يشتريه[4] " فهذا قول من ذكرنا ولم يصح عن غيرهم خلافه فصار اجماعا .

فاما استدلالهم بالآية فقد اختلف أهل التأويل فيها على ثلاثة أقاويل :

أحدها : أنها نزلت مخصوصة في رجل من المسلمين استأذن رسول الله صلى الله عليه (وسلم)[5] في امرأة يقال لها أم مهزول (كانت)[6] من بغايا الجاهلية من ذوات الرايات[7] ، وشرطت له أن تنفق عليه

---

(١) ط " زائد " .

(٢) اخرج هذا الأثر عبدالرزاق في المصنف : (٧ / ٢٠٥) بزيادة ونقص.

(٣) ص " لكان " .

(٤) هذا الأثر ذكره ابن قدامة في المغنى : (٧ / ١٤٢) ، والقرطبى في تفسيره : (١٢ / ١٦٩) كلاهما عن ابن عباس رضى الله عنه . وأخرجه ابن أبى شيبة : (٤ / ٢٤٨) عن عكرمة قال هو بمنزلة رجل سرق نخلة ثم اشتراها " يعنى فلايحرم شراءها . وأخرج ابن أبي شيبة : (٤ / ٢٥٠) ، وعبدالرزاق : (٧/ ٢٠٢) في مصنفيهما ، والبيهقى في السنن : (٧ / ١٥٥) عن ابن عباس سئل عن رجل زنى بامرأة فأراد أن يتزوجها قال الآن أصاب الحلال " .

(٥) ساقط من " ص " .

(٦) ساقط من " ص " .

(٧) وهي التى تضع راية على بابها ليعلم المار بأنها زانية .

فانزل الله تعالى هذه الآية [١] وهذا قول ابن عمر ومجاهد [٢].

والقول الثاني : أن المراد بالآية أن الزاني لايزني الا بزانية والزانية لاتزني الا بزان وهذا قول ابن عباس [٣].

والقول الثالث: أن الآية عامة في تحريم نكاح الزانية على العفيف ونكاح العفيفة على الزاني ثم نسخه قوله تعالى : (فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ) وهذا قول سعيد بن المسيب [٤].

* فصل *

واما الفصل الثاني في زوجة الرجل اذا زنت هل يفسخ نكاحها أم لا فمذهب الشافعي وجمهور الفقهاء ان النكاح " صحيح [٥] " لا ينفسخ بزناهما

---

(١) هي قوله تعالى : (الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً " سورة النور، الآية ٣ .

(٢) انظر: تفسير القرطبي : (١٢/ ١٦٨) .
وقد اخرج أبوداود : (٢/ ٥٤٢) عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان مرثد بن أبي مرثد الغنوى كان يحمل الأسارى بمكة وكان بمكة بغي يقال لها عناق وكانت صديقته قال جئت الى النبي صلى الله عليه وسلم فقلت يارسول الله أنكح عناقا قال فسكت عني فنزلت : (الزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ) فدعاني فقرأها علي وقال لا تنكحها " .
وأخرجه النسائي : (٦ / ٦٦) ، والبيهقي في السنن : (٧/ ١٥٥)، والترمذي : (٥ / ٣٢٨) ،وقال حسن غريب لا نعرفه الا من هذا الوجه" أهـ

(٣) انظر: تفسير القرطبي : (١٢ / ١٦٨) .

(٤) انظر: نيل الأوطار : (٦/ ١٥٦) ، تفسير القرطبي : (١٢/ ١٦٩) ، وقد تقدمت ترجمة ابن المسيب صفحة: (٩٥) .

(٥) ط " على صحته " .

وهو قول الصحابة[١] الا حكاية عن علي بن أبي طالب رضوان الله عليه أن نكاحها قد بطل ، وهو قول الحسن البصري ،[٢] لتحريم اجتماع الماءين في فرج (واحد)[٣] ، ودليلنا مع ماقدمناه من حديث عائشة ،[٤] مارواه أبوالزبير ،[٥] عن جابر ،[٦] قال جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : ان امرأتي

---

(١) انظر: المدونة : (٢ / ١٨٧) ، مصنف ابن أبي شيبة : (٤ / ٢٤٨ - ٢٤٩) ، تفسير القرطبي : (١٢ / ١٦٩) ، المغني لابن قدامة : (٧ / ١٤٢) ، نيل الأوطار : (٦ / ١٥٥) .

(٢) انظر: المغني لابن قدامة : (٧ / ١٤٢) ، المحلى لابن حزم : (١١ / ٦٤) ، وتفسير القرطبي : (١٢ / ١٧٠) ، نيل الأوطار : (٦ / ١٥٥) .

(٣) ساقط من " ص " .

(٤) وهو قوله صلى الله عليه وسلم " لا يحرم الحرام الحلال " تقدم صفحة : (٧٢٠) .

(٥) هو محمد بن مسلم بن تدرس بفتح المثناة وسكون الدال وضم الراء ، الأسدى أبو الزبير المكي .
قال ابن حجر: صدوق الا أنه يدلس ووثقه العجلي وابن حبان ، قال هشيم عن حجاج وابن أبي ليلى عن عطاء كنا نكون عند جابر فاذا خرجنا من عنده تذاكرنا فكان أبو الزبير أحفظنا " .
مات سنة ست وعشرين ، وقيل ثمان وعشرين ومائة .
انظر: الثقات لابن حبان : (٥ / ٣٥١) ، تاريخ الثقات للعجلي صفحة (٤١٣) ، تذكرة الحفاظ للذهبي : (١ / ١٢٦) ، تهذيب الأسماء : (٢ / ٢٣٢) ، تقريب صفحة : (٣١٨) .

(٦) انظر ص : ٦٢ .

لا ترد يد لامس قال طلقها قال اني احبها قال استمتع بها[1] .

فكنى بقوله لا ترد يد لامس عن الزنى "فأمره"[2] بطلاقها ولو انفسخ نكاحها بالزنى لما احتاج الى طلاق ثم لما أخبره بأنه يحبها أذن له

---

(١) رواه البيهقي في السنن : (٧ / ١٥٥) عن أبي الزبير عن جابر ابن عبدالله رضى الله عنهما أن رجلا أتى النبي :الحديث.
ورواه أبو داود : (٢ / ٥٤١) ،والنسائي : (٦ / ٦٧) ،والبيهقى : (٧ / ١٥٤) من رواية عكرمة عن ابن عباس : وقال النسائي هذا الحديث ليس بثابت وان المرسل فيه اولى بالصواب ، وقال البيهقي : (٧ / ١٥٤) رواه ابن عيينة عن هارون مرسلا . لكن قال ابن حجر في التلخيص : (٣ / ٢٢٥) رواه النسائى وأبو داود من رواية عكرمة عن ابن عباس واسناده أصح واطلق عليه النووى الصحة ولكن نقل ابن الجوزى عن الامام أحمد بن حنبل أنه قال لا يثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم في هذا الباب شئ وليس له أصل وتمسك بهذا ابن الجوزى وأورده في الموضوعات : (٢ / ٢٧٢) مع انه أورده باسناد صحيح "أهـ
وقال المنذرى في المختصر : (٣ / ٦) .
وأخرجه النسائى ورجال اسناده محتج بهم في الصحيحين على الاتفاق والانفراد " قال السيوطى في اللالئ : (٢ / ١٧١) يريد بالنسبة الى مجموع الصحيحين لا الى كل فرد منهما فان البخارى ما احتج بالحسين بن واقد وكذلك لم يحتج مسلم بعمارة ولا بعكرمة "
وقال السيوطى في اللالئ أيضا سئل الحافظ ابن حجر عن هذا الحديث فأجاب بأنه حسن صحيح قال ولم يصب من قال أنه موضوع "أهـ
وقوله لا ترد يد لامس معناه كما قال الخطابي في معالم السنن : (٢ / ٥٤١) الريبة وأنها مطاوعة لمن أرادها لا ترد يده " .

(٢) ط " وأمر " .

في الاستمتاع بها ولو حرمت عليه لنهاه عن الاستمتاع (بها)[1] ولاعلمه تحريمها .

فان قيل فالمراد بقوله لاترد يد لامس أنها لاترد متصدقا طلب منها ماله[2] . قيل هذا خطأ من وجهين :

أحدهما : أنه لو أراد هذا لقال لاترد يد ملتمس لأن الطالب يكون ملتمسا واللامس يكون مباشرا فلما عدل عنه الى يد لامس خرج عن هذا التأويل .

والثاني : أنها لو كانت تتصدق بماله لما خرج قوله فيها مخرج الذم ولما أمره بطلاقها ولأمره باحراز ماله منها .

وروى " أن رجلا قال يارسول الله ان امرأتي ولدت غلاما أسود فقال (له)[3] النبي صلى الله عليه (وسلم)[4] لعل عرق نزعه "[5] فكان ذلك منه كناية عن زناها .

---

(١) ساقط من " ط " .

(٢) قال المنذرى في المختصر : (٣/ ٦) ، وقال الامام أحمد : لا تمنع يد لامس تعطى من ماله قلت فان أبا عبيد يقول من الفجور قال ليس هو عندنا الا انها تعطي من ماله ولم يكن النبي صلى الله عليه وسلم يأمره بامساكها وهي تفجر ، وسئل عنه ابن الأعرابي فقال الفجور " أهـ

وانظر : تلخيص الحبير : (٣ / ٢٢٥ - ٢٢٦) .

(٣) ساقط من " ص " .

(٤) ساقط من " ص " .

(٥) رواه البخارى : (٩/ ٤٤٢) ، والشافعي كما في المسند صفحة : (٢٧٠) وأبو داود : (٢/ ٦٩٤) ، والنسائي : (٦/ ١٧٨) ، وابن ماجة : (١/ ٦٤٥) عن ابى هريرة ان رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله ولد لي غلام أسود فقال هل لك من ابل قال نعم قال ماألوانها قال حمر ===

ولأن العجلاني (١) " أخبر رسول الله صلى الله عليه (وسلم) (٢) أنه وجد مع امرأته رجلا فلاعن بينهما (٣) " (*) ولم يجعلها بالزنى حراما .

==== قال هل فيها من أورق قال نعم قال فأنى ذلك قال لعل نزعه عرق قال فلعل ابنك هذا نزعه " أهـ. واللفظ للبخارى .

(١) هو عويمر بن أبيض العجلاني ،وقال الطبراني هو عويمر بن الحرث ابن زيد بن جابر بن الجد بن عجلان ، وأبيض لقب لأحد آبائه .
وقال ابن حجر : ووقع في الموطأ رواية القعنبي أنه عويمر بن أشقر العجلاني ، وقيل أنه خطأ وان عويمر بن أشقر آخر مازني ولعل أحد آباء عويمر العجلاني كان يلقب أبيض فأطلق عليه الراوى أشقر " .
انظر: أسد الغابة : (٤ / ١٥٨ - ١٥٩) ،الاصابة : (٣/ ٤٥) .

(٢) ساقط من " ص " .

(٣) أخرجه البخارى في صحيحه : (٩/ ٤٤٦) ، ومسلم : (١٠/ ١١٩) ، وأبو داود : (٢ / ٦٧٩) ، والشافعي كما في مسنده صفحة : (٢٥٦) والدارقطنى : (٣/ ٢٧٧) ،واللفظ للبخارى : عن ابن شهاب ان سهل ابن سعد الساعدى أخبره ان عويمر العجلاني جاء الى عاصم بن عدى الأنصارى فقال له ياعاصم أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل سل ياعاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عاصم رسول الله عن ذلك فكره رسول الله المسائل وعابها حتى كبر على عاصم ماسمع من رسول الله فلما رجع عاصم الى أهله جاء عويمر فقال ياعاصم ماذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عاصم لعويمر لم تأتني بخير قد كره رسول الله المسألة التى سألته عنها فقال عويمر والله لا أنتهى حتى أسأله عنها ، فأقبل عويمر حتى جاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل فقال رسول الله قد أنزل الله فيك وفي صاحبتك ====

(*) ص لوحه / ١٥٠ .

وروى أن النبي صلى الله عليه (وسلم)[1] قال : " لا تزنوا فتزني نساؤكم فان بني فلان زنوا فزنت نساؤهم "[2].

فدل هذا على بقائهم مع الأزواج بعد الزنى .

" فأما "[3] تحريم اجتماع المائين في فرج فنحن (نوافق)[4] على تحريمهما واذا اجتمعا ثبت حكم " الحلال "[5] منها وسقط حكم الحرام .

=== فاذهب فأت بها قال سهل فتلاعنا وانا مع الناس عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما فرغا من تلاعنهما قال عويمر : كذبت عليها يارسول الله ان امسكتها فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم .
قال ابن شهاب : فكانت سنة المتلاعنين " أهـ.

(١) ساقط من " ص " .

(٢) ذكره ابن الجوزى في الموضوعات : (٣/١٠٦) بسنده عن علي رضي الله عنه مرفوعا : لا تزنوا فتذهب لذة نسائكم وعفوا تعف نساؤكم ان بني فلان زنوا فزنت نساؤهم وقال ، وذكره ابن عراق في تنزيه الشريعة (٢/٢٢٦) الا أن فيه " أن بني اسرائيل زنوا فزنت نساؤهم " قال ولا يصح فيه عيسى بن عبد الله العلوى . قال ابن حبان : عيسى بن عبد الله يروى عن أبيه عن آبائه أشياء موضوعة ، وكان يهم ويخطئ فبطل الاحتجاج به .
قلت : وفي هذا المعنى قال الشاعر :

عفوا تعف نساؤكم عن محرم
وتجنبوا مالا يليق بمسلم
ان الزنى دين فان أقرضته
كان الوفاء من أهل بيتك فاعلم
من يزن يزن به ولو بجداره
ان كنت ياهذا لبيبا فافهم

(٣) ط " وأما " .

(٤) ساقط من " ص " .

(٥) ط " الخلاف " .

* فصـــــل *

وأما الفصـل الثالث في الزنى هل يتعلق عليه شيء من أحكـام النكـــاح أم لا فالكلام في هذا يشتمل على فصلين:

أحدهما: في الزنى هل ينشر "عنه"[١] حرمته في تحريم المصاهرة حتى يحـرم عليه أمهاتها وبناتها ويحرم على آبائه وأبنائه أم لا، وللكلام فـــي هذا "باب مفرد يأتي"[٢] نحن نذكره فيه.

والفصل الثاني: هل لما ذكرنا حرمة تجب بها العدة أم لا، فمذهب الشافعي أنه لا حرمة له في وجوب العدة منه سواء كانت حاملا من الزنـــى أو حائلا وسواء كانت ذات زوج فتحل للزوج أن يطأها في الحـــال أو كانت خلية فيجوز للزاني وغيره أن يستأنف العقد عليها فـــي الحال حاملا كانت أو حائلا غير أننا نكره له وطئها في حال حملهـا حتى تضع.[٣]

وقال مالك وربيعة والثوري (والأوزاعي)[٤] (وأحمد)[٥] واسحق[٦] عليهـــا العدة من وطء الزنى بالاقراء ان كانت حائلا وبوضع الحمل ان كانت حامـــلا

---

(١) ط "عليه".

(٢) ط "باب يأتي مفرد".

(٣) انظر: تحفة المحتاج: (٨ / ٢٣٠)، المجموع شرح المهذب: (١٦ / ٢٤٢).

(٤) ساقط من "ط".

(٥) ساقط من "ص".

(٦) تقدمت ترجمة الجميع صفحة: (٧٥ - ٢٢٨ - ٢١٤ - ١٤٠ - ٢١٥).

فان كانت ذات زوج حرم عليه وطئها حتى تنقضي العدة بالاقراء والحمل وان كانت خلية حرم على الناس كلهم نكاحها حتى تنقضي عدتها بالاقراء والحمل .(١)

وقال ابن شبرمة (٢) ، وأبو يوسف (٣) : ان كانت حاملا حرم نكاحها حتى تضع وان كانت حائلا لم يحرم نكاحها ولم تعتد .(٤)

وقال أبو حنيفة (٥) : لا يحرم نكاحها حاملا ولا حائلا لكن ان نكحها حاملا حرم عليه وطئها حتى تضع.(٦)

---

(١) انظر : الخرشي على مختصر خليل : (٤ / ١٤٠) ، المجموع شرح المهذب : (١٦ / ٢٤٢) ، المغني لابن قدامة : (٧ / ١٤١) .

(٢) عبدالله بن شبرمة بضم المعجمة وسكون الموحدة وضم الراء ابن الطفيل ابن حسان الضبي أبو شبرمة الكوفي القاضي ثقة وكان عفيفا عاقلا فقيها لسنة النساك شاعرا حسن الخلق جوادا ، مات سنة أربع وأربعين ومائة .

انظر: تاريخ الثقات للعجلي صفحة : (٢٦٠) ، شذرات الذهب : (١ / ٢١٥) ، ميزان الاعتدال : (٢ / ٤٣٨) ، تقريب التهذيب صفحة : (١٧٦) ، تهذيب الأسماء : (١ / ٢٧١ - ٢٧٢) .

(٣) تقدمت ترجمته صفحة : (٢١٧) .

(٤) انظر: بدائع الصنائع : (٣ / ١٤١٢) ، المغني لابن قدامة : (٧ / ١٤٠) .

(٥) تقدمت ترجمته صفحة : (٥٥) .

(٦) انظر: تحفة الفقهاء : (٢ / ٣٩) ، بدائع الصنائع : (٣ / ١٤١٢) .

فأما مالك فاستدل " بقوله صلى الله عليه وسلم (١) " لا توطأ حامل حتى تضع ولا غير ذات حمل حتى تحيض (٢) ".

" وأما (٣) أبو يوسف فاستدل بقول الله تعالى : " وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ (٤) ".

وأما أبو حنيفة فاستدل بقوله صلى الله عليه (وسلم) (٥) " لا تسق بمائك زرع غيرك (٦) ".

---

(١) ص " بقوله الله تعالى النبي صلى الله عليه وسلم " .

(٢) أخرجه أبو داود : (٢ / ٦١٤) وزاد فيه : " حتى تحيض حيضة " .
وأخرجه أحمد في مسنده : (٣ / ٦٣) ، والبيهقي في السنن : (٧/ ٤٤٩) ، والحاكم في المستدرك : (٢ / ١٩٥) ، وقال صحيح وأقره الذهبي وصححه الألباني في الارواء : (٧ / ٢١٤) ، وابن قدامة في المغنى : (٧ / ١٤٠) .

(٣) ط " فأما " .

(٤) سورة الطلاق ، الآية (٤) .

(٥) ساقط من " ص " .

(٦) أخرجه أبو داود : (٢ / ٦١٥) بلفظ : " لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماءه زرع غيره - يعني اتيان الحبالى - ولا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يقع على امرأة من السبي حتى يستبرئها ولا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يبيع مغنما حتى يقسم " .
ورواه أحمد في مسنده : (٤ / ١٠٨ - ١٠٩) ، والبيهقي في السنن : (٧/ ٤٤٩) ، والترمذى : (٣/ ٤٣٧) وحسنه ، والحاكم : (٢/ ١٣٧) ، وصححه ووافقه الذهبي وحسنه الألباني في الارواء : (٧/ ٢١٣) .

والدليل على جماعتهم حديث عائشة[1] " أن النبي صلى الله عليه (وسلم)[2] قال لا يحرم الحرام الحلال[3] " وأن عمر[4] حين جلد الغلام والجارية حرص أن يجمع بينهما من غير اعتبار عدة " فأبى[5] الغلام[6] " ولأن وجوب العدة من الماء انما يكون لحرمته ولحوق النسب به ولا حرمة لهذا الماء يقتضى لحوق النسب فلم تجب منه العدة ولأنه لما انتفى عن الزنى سائر أحكام الوطء الحلال من المهر والنسب والأحصان والاحلال للزوج الأول انتفى عنه حكمه في العدة .

" واما[7] استدلال مالك[8] بقوله (عليه السلام)[9] " لا توطأ حامل حتى تضع[10] فهذا وارد في سبي أوطاس[11] ،وكن منكوحات وللاماء حكم يخالف الحرائر في الاستبراء.

---

(١) تقدمت ترجمتها صفحة(٤٨) .

(٢) ساقط من " ص" .

(٣) تقدم تخريجه صفحة(٧٢٠) .

(٤) تقدمت ترجمته صفحة : (١٢٠) .

(٥) ص" فابا " .

(٦) تقدم تخريجه صفحة : (٧٢١) .

(٧) ط " فاما " .

(٨) تقدمت ترجمته صفحة(٧٥) .

(٩) ساقط من " ط" .

(١٠) تقدم تخريجه صفحة(٧٣١) .

(١١) أوطاس بفتح الهمزة واسكان الواو وبالطاء والسين المهملتين وهو واد في بلاد هوازن وبه كانت غزوة النبي صلى الله عليه وسلم هوازن يوم حنين ، وسميت اوطاس بالموضع الذى كانت فيه الواقعة واوطاس جمع وطس بالتحريك كجبل واجبال سمي المكان بذلك لأنه موطأ ملين : وكانت غزوة اوطاس في سنة ثمان بعد الفتح . انظر : تهذيب الاسماء : (٣/ ١٩) ، سيرة ابن هشام : (٤/ ٦٠) .

واما استدلال أبي يوسف[١]، بقوله (تعالى)[٢] : " وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ[٣]" فالمراد به من الزوجات المطلقات بدليل مافي الآية من وجوب " نفقاتهن[٤]" وكسوتهن من قوله " اسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُم مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ[٥]".

واما استدلال أبي حنيفة[٦]، بقوله :" لا تسق بمائك زرع غيرك[٧]" فانما[٨] أراد زرعا ينسب الى غيره وهو الحلال الذى يلحق الواطئ، والحرام لا يضاف الى أحد فلم يتوجه اليه النهي على أن هذا الحديث وارد في رجل ملك أمة وسأل هل يطأها فقال " لا تسق بمائك زرع غيرك[٩]" اشارة الى ماء البائع وذاك حلال بخلاف الزنى . (والله أعلم)[١٠].

---

(١) تقدمت ترجمته صفحة : (٢١٧) .

(٢) ساقط من " ط " .

(٣) سورة الطلاق ، الآية (٤) .

(٤) ط " نفقتهن " .

(٥) سورة الطلاق ، الآية (٦) .

(٦) تقدمت ترجمته صفحة (٥٥) .

(٧) تقدم تخريجه صفحة : (٧٣١) .

(٨) ط " وانما " .

(٩) تقدم تخريجه صفحة : (٧٣١) .

(١٠) ساقط من " ط " .

باب

نِكَاحِ ٱلعَبْدِ وطَلَاقِهِ

مِنْ كُتُبٍ

قال الشافعي (رضى الله عنه[١]) وينكح العبد اثنتين واحتج في ذلك بعمر بن الخطاب وعلي بن أبى طالب[٢].

قد مضى الكلام في العبد وأنه لا يحل له أن ينكح أكثر من اثنتين، وخالف مالك فجوز له نكاح أربع كالحر وقد مضى الكلام معه[٣].

وكذلك حكم المدبر والمكاتب ومن فيه جزء من الرق وان قل مالم تكمل فيه الحرية وسواء جمع بين حرتين أو أمتين أو حرة وأمة تقدمت الحرة على الأمة أو تأخرت .

وقال أبو حنيفة ليس للعبد أن يتزوج الأمة على الحرة كالحر[٤]، وهذا خطأ لأن الحر اغلظ حكما في نكاح الأمة (لكماله ونقصها من العبد الذى قد ساوى الأمة[٥]) في نقصها لأن نكاح الحر مشروط بخوف العنت وعدم الطول ونكاح العبد غير مشروط بخوف العنت فلم يكن مشروطا بعدم الطول .

---

(١) ص " رحمه الله ".

(٢) انظر: مختصر المزني صفحة : (١٦٨).

(٣) صفحة : (٦٥٩).

(٤) انظر: بدائع الصنائع : (١٤٠٦/٣).

(٥) ساقط من " ط ".

* مســـــألة *

قال الشافعي (رضى الله عنه)[1] " قال عمر يطلق العبد تطليقتين وتعتد الأمة بحيضتين "[2].

وهذا كما قال لايملك العبد من الطلاق الا اثنتين[*] في الحرة والأمة ويملك الحر ثلاثا في الحرة والأمة فيكون الطلاق معتبرا بالزوج دون الزوجة .

وقال أبو حنيفة : الطلاق معتبر بالزوجات دون الأزواج فيملك زوج الحرة ثلاث تطليقات حرا كان أو عبدا وزوج الأمة تطليقتين حرا كان أو عبدا[3] استدلالا مع ماسنذكره مستوفى بقول الله تعالى : (إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ)[4] فجعل الطلاق معتبرا بالعدة ثم كانت العدة معتبرة بالنساء دون الأزواج فكذلك الطلاق ولما روى عطية العوفي[5] عن عبدالله بن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه (وسلم)[6] " طلاق

---

(١) ساقط من " ص " .

(٢) انظر: مختصر المزني صفحة: (١٦٨) ،وقد تقدم تخريج الأثر صفحة (٦٦٠) .

(٣) انظر: تحفة الفقهاء (١/ ١٧٢-١٧٣)

(٤) سورة الطلاق ، الآية: (١) .

(٥) هو عطية بن سعيد بن جنادة بضم الجيم بعدها نون خفيفة العوفي الجدلي بفتح الجيم والمهملة الكوفي أبو الحسن .
قال ابن حجر : صدوق يخطئ كثيرا وكان شيعيا مدلسا .
مات سنة احدى عشرة ومائة .
انظر: تهذيب التهذيب: (٧/ ٢٢٥-٢٢٦) ، تقريب صفحة: (٢٤٠) .

(٦) ساقط من " ص " .

(*) ط لوحه / ١٠٠ .

الأمة اثنتان وعدتها حيضتان (١) فجعل الطلاق والعدة معتبرا بالمطلقة والمعتدة ولأن الحر لما ملك " اثنتي عشرة (٢) " طلقة في الحرائر الأربع وجب أن يملك العبد ست طلقات في الحرتين ليكون على النصف في عدد الطلاق كما كان على النصف في عدد الزوجات .

---

(١) أخرجه ابن ماجة في سننه : (١ / ٦٧٢) قال البوصيري في الزوائد : (٢ / ١٣١) هذا الاسناد ضعيف لضعف عطية بن سعيد العوفي ،
وأخرجه مالك في الموطأ : (٢ / ٥٧٤) ،والدارقطني : (٤ / ٣٨) موقوفا على ابن عمر .
وأخرجه الدارقطني من وجه آخر عن نافع عن ابن عمر في الأمة تكون تحت الحر تبين بتطليقتين وتعتد حيضتين .
واذا كانت الحرة تحت العبد بانت بتطليقتين وتعتد ثلاث حيض " .
قال الدارقطني وكذلك رواه الليث بن سعد وابن جريج وغيرهما عن نافع عن ابن عمر موقوفا وهذا هو الصواب وحديث عبد الله بن عيسى عن عطية عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم منكر غير ثابت من وجهين أحدهما أن عطية ضعيف وسالم ونافع أثبت منه وأصح رواية ، والوجه الآخر أن عمر بن شبيب ضعيف الحديث لا يحتج بروايته .والله أعلم" أهـ
ورواه البيهقي : (٧ / ٣٦٩) وقال تفرد به عمر بن شبيب المسلي هكذا مرفوعا وكان ضعيفا والصحيح مارواه سالم ونافع عن ابن عمر موقوفا " أهـ وضعف الألباني رفعه وصوب وقفه على ابن عمر كما في(الارواء : ٧ / ٢٠١) .

(٢) في النسختين " اثنا عشر " .

ودليلنا قوله تعالى : (هَلْ لَكُم مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِنْ شُرَكَاءَ فِيمَا رَزَقْنَاكُم فَأَنْتُمْ فِيهِ سَوَاءٌ[١]) في شيء من " الأموال[٢] " فكذلك في الطلاق لأنه نوع من الملك .

وروى عن أم سلمة[٣] " أنها قالت يارسول الله كم طلاق العبد " فقال[٤] طلقتان قالت وعدة الأمة قال حيضتان[٥] " .

وروت عائشة[٦] أن النبي صلى الله عليه (وسلم)[٧] قال : " يطلق العبد تطليقتين وتعتد الأمة حيضتين[٨] " وكذلك قال عمر خاطبا

---

(١) سورة الروم ، الآية (٢٨) .

(٢) ط " الأمور " .

(٣) تقدمت ترجمتها صفحة : (١٣٩) .

(٤) ط " قال " .

(٥) لم أجده بهذا اللفظ ، وقد أخرج عبدالرزاق في المصنف : (٧ / ٢٣٦) عن نافع عن أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم ان غلاما لها طلق امرأته تطليقتين فاستفتت أم سلمة النبي صلى الله عليه وسلم فقال حرمت عليه حتى تنكح زوجا غيره " .
قال ابن حجر في التلخيص : (٣ / ٢١٧) ، وفي اسناده عبدالله ابن زياد بن سمعان وهو متروك " أهـ .

(٦) تقدمت ترجمتها صفحة (٤٨) .

(٧) ساقط من " ص " .

(٨) أخرجه الدارقطني : (٤ / ٣٩ - ٤٠) عن مظاهر عن القاسم ابن محمد عن عائشة رضى الله عنها ثم قال الدارقطني : نا أبوبكر النيسابوري نا محمد بن اسحق قال سمعت أبا عاصم يقول ليس بالبصرة حديث أنكر من حديث مظاهر هذا " .
وأخرجه الترمذي : (٣ / ٤٨٨) وقال غريب لا نعرفه مرفوعا الا من حديث مظاهر بن أسلم ومظاهر لا نعرف له في العلم غير هذا الحديث .

=====

على المنبر (١) وروى يحيى بن أبي كثير (٢)، عن أبي سلمة (٣) قال: حدثني نفيع (٤) أنه كان مملوكا وتحته حرة فطلقها " طلقتين (٥) وسأل " عثمان (٦) وزيد بن ثابت " فقالا (٧) طلاقك طلاق عبد وعدتها عدة حرة (٨).

=== وأخرجه البيهقي: (٧ / ٣٧٠)، وروى بسنده الى البخارى انه قال مظاهر بن أسلم عن القاسم عن عائشة ضعفه أبو عاصم " والحديث ضعفه الألباني في الارواء: (٧ / ١٤٨).

(١) تقدم تخريجه صفحة (٦٦٠).

(٢) يحيى بن أبي كثير الطائي مولاهم أبو نصر اليمامي واسم أبيه صالح بن المتوكل وقيل يسار وقيل نشيط وقيل دينار وثقه العجلي وقال ابن حجر: ثقة ثبت لكنه يرسل ويدلس.
قال وهيب عن أيوب مابقي على وجه الأرض مثل يحيى.
وقال ابن عيينة: ماأعلم أحدا بعد الزهري اعلم بحديث أهل المدينة من يحيى.
مات سنة اثنتين وثلاثين، وقيل تسع وعشرين ومائة.
انظر: طبقات ابن سعد: (٥/٤٠٤)، تذكرة الحفاظ: (١ / ١٢٨)، تهذيب التهذيب: (١١/٢٦٨)، تقريب: (٣٧٨)، العبر: (١/١٦٩).

(٣) تقدمت ترجمته صفحة: (٦٤٠).

(٤) نفيع هو مكاتب أم سلمة روى عن عثمان بن عفان وزيد بن ثابت وعن سعيد بن المسيب وأبو سلمة بن عبدالرحمن ذكره ابن حبان في الثقات.
انظر: تهذيب التهذيب: (١٠ / ٤٧٣).

(٥) ط " تطليقتين ".

(٦) ط " عمر ".

(٧) ط " فقال ".

(٨) لم أجده بهذا اللفظ.

وقد أخرج مالك في الموطأ: (٢/٥٧٤)، والشافعي كما في المسند: (٢/ ٣٦)، والبيهقي في السنن: (٧ / ٣٦٨) أن نفيعا مكاتبا كان لأم سلمة ===

وروى عن أبي سلمة[1] انهما[2] ، وابن عباس قالوا قد حرمت عليك[3] وليس لمن ذكرنا مخالف من الصحابة فكان اجماعا ، ولأنه لما ملك الحر رجعتين وجب أن يملك العبد رجعة واحدة لأنه فيما يملك بالنكاح على النصف من الحر .

" فاما " استدلاله بالآية فالمقصود بها وقوع الطلاق في العدة لا أنه في العدد معتبر بالعدة ، واما الخبر فمحمول على أنه كان زوجها عبدا لأن الأغلب من أزواج الاماء العبيد .

واما استدلاله بأنه لما ملك الحر " اثنتي عشرة[4] طلقة وجب أن يملك العبد ست طلقات فلم يجز أن يساويه العبد فيهن ووجب أن يكون مالكا لنصفهن وكان قياسه أن يملك ثلاث طلقات في الزوجتين لكن لما لم يتبعض الطلاق فيصير مالكا ونصف في كل واحدة كمل الكسر فصار مالكا لأربع طلقات في الزوجتين فكان هذا استدلالا بأن يكون لنا دليلا أشبه .

=== زوج النبي صلى الله عليه وسلم أو عبدا لها كانت تحته امرأة حرة فطلقها اثنتين ثم أراد أن يراجعها فأمره أزواج النبي صلى الله عليه وسلم أن يأتي عثمان بن عفان فيسأله عن ذلك فلقيه عند الدرج آخذا بيد زيد بن ثابت فسألهما فابتداره جميعا حرمت عليك حرمت عليك " .

(١) تقدمت ترجمته صفحة (٦٤٠) .

(٢) الضمير يعود على عثمان وزيد بن ثابت رضى الله عنهما .

(٣) الموطأ : (٢/٥٧٤) الشافعي في المسند : (٢/٣٨) ، سنن البيهقي : (٧/ ٣٦٨ - ٣٦٩) .

(٤) ص " اثنا عشر " .

* مســـــألة *

قال الشافعي (رضى الله عنه)[1] " فان[2] تزوج عبد بغيراذن سـيده فالنكاح فاسد وعليه مهر مثلها اذا عتق[3]".

قد مضى الكلام في أن ليس للعبد أن يتزوج بغير اذن سيده لقوله صلى الله عليه (وسلم)[4] " أيما عبد تزوج بغير اذن مواليه فهو عاهر[5]".

فان تزوج بغير اذنه فقد ذكرنا بطلان نكاحه ، وأن أبا حنيفه جعله موقوفا على اجازة سيده " ومالكا[6] " أمضاه وجعل لسيده استئناف فسخه[7].

وذكرنا من حال المهر ان نكح باذنه وغير اذنه ماأقنع .

" فاما " اذا " دعا[8] العبد سيده الى تزويجه فقد ذكرنا في اجبار السيد على نكاحه قولين[9]، ولو أراد السيد اجبار عبده على التزويج فقد

---

(١) ساقط من " ص " .

(٢) ط " وان " .

(٣) انظر: مختصر المزني صفحة : (١٦٨) .

(٤) ساقط من " ص " .

(٥) تقدم تخريجه صفحة : (٣٤٦) .

(٦) في النسختين " ومالك " والمثبت هو الصواب .

(٧) انظر صفحة: (٣٤٧) .

(٨) ط " ادعى " .

(٩) الأظهر ليس للعبد اجبار سيده على تزويجه . وقد تقدم ذلك صفحة : (٣٥١) .

" ذكرنا انه على قولين[1] " فاما[2] اذا أراد السيد اجبارها على التزويج فله ذلك قولا واحدا .

ولو دعت الأمة السيد الى تزويجها لم يجبر عليه اذا كانت تحل له لأنها فراش (له لو)[3] استمتع بها .

فان كانت ممن لا تحل له لكونها أخته أو خالته أو عمته من نسب أو رضاع فهل يجبر السيد على تزويجها اذا دعته اليه أم لا على وجهين مخرجين من اختلاف قوليه في اجباره على تزويج العبد . وهذا لو كانت الأمة ملكا لامرأة كان في اجبارها على تزويجها وجهان .

---

(١) الأظهر له اجباره وقد تقدم صفحة: (٣٥٠)

(٢) ط " واما ".

(٣) ساقط من " ط ".

* مســــألة *

قال الشافعي (رضى الله عنه)[1] فان اذن له فنكح نكاحا فاســــدا ففيها قولان.[2]

وهذا ما قد ذكرناه أن الفاسد من مناكح العبد هل يدخل فـــي مطلق اذن السيد أم لا على قولين، وذكرنا من التفريع عليها ماأجـــزأ،[3] (والله أعلم بالصواب).[4]

---

(١) ساقط من "ص".

(٢) انظر: مختصر المزني صفحة: (١٦٨).

(٣) انظر صفحة: (٣٤٨).

(٤) ساقط من "ط".